Deutscher Bundestag **Drucksache 18/8184**

18. Wahlperiode 21.04.2016

Gesetzentwurf

der Bundesregierung

Entwurf eines Gesetzes zur Änderung der Vorschriften zur Vergabe von Wegenutzungsrechten zur leitungsgebundenen Energieversorgung

A. Problem und Ziel

Gemäß § 46 des Energiewirtschaftsgesetzes (EnWG) sind die Wegenutzungsrechte zur leitungsgebundenen Energieversorgung (umgangssprachlich „Konzessionen“ genannt) in einem vergabeähnlichen Verfahren spätestens alle 20 Jahre neu zu vergeben. Dieses Verfahren und die bei Wechsel des Inhabers des Wegenutzungsrechtes erforderlichen Netzübernahmeverhandlungen waren in der Praxis zuletzt vermehrt Gegenstand gerichtlicher Auseinandersetzungen. Auch in näherer Zukunft stehen zahlreiche solcher Verfahren an, und es ist zu befürchten, dass auch diese Verfahren einiges an Konfliktpotenzial aufweisen.

Der Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD (S. 59) gibt daher das Ziel vor, „das Bewertungsverfahren bei Neuvergabe (z. B. bei der Rekommunalisierung) der Verteilernetze eindeutig und rechtssicher zu regeln sowie die Rechtssicherheit im Netzübergang zu verbessern“. Der vorliegende Entwurf dient der Umsetzung dieser Vereinbarung.

B. Lösung

Der vorliegende Entwurf enthält folgende Instrumente zur Verwirklichung des im Koalitionsvertrag formulierten Ziels: Eine Konkretisierung des Auskunftsanspruchs der Gemeinde gegenüber dem Inhaber des Wegenutzungsrechtes im Hinblick auf relevante Netzdaten, zeitlich gestaffelte Rügeobliegenheiten für beteiligte Unternehmen, eine ausgewogene Regelung zur Fortzahlung der Konzessionsabgabe sowie eine grundsätzliche Vorgabe zur Bestimmung des wirtschaftlich angemessenen Netzkaufpreises. Ferner soll Belangen der örtlichen Gemeinschaft bei der Auswahl des Unternehmens stärker Rechnung getragen werden können.

C. Alternativen

Nicht aufgegriffen wird die von kommunaler Seite und zuletzt von der Fraktion DIE LINKE. vorgebrachte Forderung (Bundestagsdrucksache 18/3745), von einem vergabeähnlichen Verfahren gänzlich absehen zu können und eine direkte In-House-Vergabe von der Gemeinde an ein kommunales Unternehmen zuzulassen. Der in § 46 EnWG angelegte „Wettbewerb um das Netz“ ist zwingend auf-

rechtzuerhalten. Dieser ist kein Selbstzweck, er dient dazu, die in § 1 Absatz 1 EnWG normierten Ziele, die im Interesse des Allgemeinwohls liegen, zu erreichen.

D. Haushaltsausgaben ohne Erfüllungsaufwand

Keine.

E. Erfüllungsaufwand

E.1 Erfüllungsaufwand für Bürgerinnen und Bürger

Das Regelungsvorhaben hat keine Auswirkungen auf den Erfüllungsaufwand der Bürgerinnen und Bürger.

E.2 Erfüllungsaufwand für die Wirtschaft

Das Regelungsvorhaben hat keine Auswirkungen auf den Erfüllungsaufwand der Wirtschaft. Eine Kompensation nach den Vorgaben der Bürokratiebremse erübrigt sich damit. Der Auskunftsanspruch nach dem neuen § 46a EnWG konkretisiert lediglich die bestehenden Vorgaben aus § 46 Absatz 2 Satz 4 und 5 EnWG. Darüber hinaus besteht ohnehin bereits eine Festlegungskompetenz der Bundesnetzagentur, im Einvernehmen mit dem Bundeskartellamt den Umfang der herauszugebenen Daten zu bestimmen.

E.3 Erfüllungsaufwand der Verwaltung

Es entsteht kein nennenswerter Mehraufwand für die Verwaltung. Der neue § 46 Absatz 4 Satz 4 EnWG fordert, dass konkret an den Wegenutzungsrechten interessierten Unternehmen auf Anfrage die Wertungskriterien und deren Gewichtung mitzuteilen sind. Da entsprechende Dokumente für ein rechtssicheres Verfahren ohnehin erstellt werden müssen, besteht ein Mehraufwand allenfalls im Versenden weniger E-Mails. Die Anzahl konkret interessierter Unternehmen ist in der Regel stark begrenzt.

Die Pflichten der Gemeinde aus dem neuen § 47 EnWG, sich mit Rügen beteiligter Unternehmen auseinanderzusetzen, fällt ebenfalls nicht nennenswert ins Gewicht. Insbesondere wenn man bedenkt, dass der Zweck des neuen § 47 EnWG gerade eine wesentliche Entlastung der Gemeinde darstellt, sich mit verspätet vorgetragenen Rügen wegen der eintretenden Präklusionswirkung nicht mehr in der Sache auseinandersetzen zu müssen. Letztlich kann ein Rügeverfahren ein gerichtliches Verfahren obsolet machen, was den Aufwand der Gemeinde, ein Verfahren nach § 46 EnWG erfolgreich abzuschließen, erheblich reduzieren kann.

Etwaiger Mehrbedarf an Sach- und Personalmitteln soll finanziell und stellenmäßig im Einzelplan 09 (Bundesministerium für Wirtschaft und Energie) ausgeglichen werden.

F. Weitere Kosten

Keine.

BUNDESREPUBLIK DEUTSCHLAND
DIE BUNDESKANZLERIN

Berlin, 21. April 2016

An den
Präsidenten des
Deutschen Bundestages
Herrn Prof. Dr. Norbert Lammert
Platz der Republik 1
11011 Berlin

Sehr geehrter Herr Präsident,

hiermit übersende ich den von der Bundesregierung beschlossenen

> Entwurf eines Gesetzes zur Änderung der Vorschriften zur Vergabe von Wegenutzungsrechten zur leitungsgebundenen Energieversorgung

mit Begründung und Vorblatt (Anlage 1).

Ich bitte, die Beschlussfassung des Deutschen Bundestages herbeizuführen.

Federführend ist das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie.

Der Bundesrat hat in seiner 943. Sitzung am 18. März 2016 gemäß Artikel 76 Absatz 2 des Grundgesetzes beschlossen, zu dem Gesetzentwurf wie aus Anlage 2 ersichtlich Stellung zu nehmen.

Die Auffassung der Bundesregierung zu der Stellungnahme des Bundesrates ist in der als Anlage 3 beigefügten Gegenäußerung dargelegt.

Mit freundlichen Grüßen

Dr. Angela Merkel

Anlage 1

Entwurf eines Gesetzes zur Änderung der Vorschriften zur Vergabe von Wegenutzungsrechten zur leitungsgebundenen Energieversorgung

Vom …

Der Bundestag hat das folgende Gesetz beschlossen:

Artikel 1

Änderung des Energiewirtschaftsgesetzes

Das Energiewirtschaftsgesetz vom 7. Juli 2005, das zuletzt durch Artikel 15 des Gesetzes vom 28. Juli 2015 (BGBl. I S. 1400) geändert worden ist, wird wie folgt geändert:

1. Die Inhaltsübersicht wird wie folgt geändert:

   a) Nach der Angabe zu § 46 wird folgende Angabe eingefügt:

      „§ 46a Auskunftsanspruch der Gemeinde“.

   b) Die Angabe zu § 47 wird wie folgt gefasst:

      „§ 47 Rügeobliegenheit, Präklusion“.

2. § 46 wird durch die folgenden §§ 46, 46a und 47 ersetzt:

„§ 46

Wegenutzungsverträge

(1) Gemeinden haben ihre öffentlichen Verkehrswege für die Verlegung und den Betrieb von Leitungen, einschließlich Fernwirkleitungen zur Netzsteuerung und Zubehör, zur unmittelbaren Versorgung von Letztverbrauchern im Gemeindegebiet diskriminierungsfrei durch Vertrag zur Verfügung zu stellen. Unbeschadet ihrer Verpflichtungen nach Satz 1 können die Gemeinden den Abschluss von Verträgen ablehnen, solange das Energieversorgungsunternehmen die Zahlung von Konzessionsabgaben in Höhe der Höchstsätze nach § 48 Absatz 2 verweigert und eine Einigung über die Höhe der Konzessionsabgaben noch nicht erzielt ist.

(2) Verträge von Energieversorgungsunternehmen mit Gemeinden über die Nutzung öffentlicher Verkehrswege für die Verlegung und den Betrieb von Leitungen, die zu einem Energieversorgungsnetz der allgemeinen Versorgung im Gemeindegebiet gehören, dürfen höchstens für eine Laufzeit von 20 Jahren abgeschlossen werden. Werden solche Verträge nach ihrem Ablauf nicht verlängert, so ist der bisher Nutzungsberechtigte verpflichtet, seine für den Betrieb der Netze der allgemeinen Versorgung im Gemeindegebiet notwendigen Verteilungsanlagen dem neuen Energieversorgungsunternehmen gegen Zahlung einer wirtschaftlich angemessenen Vergütung zu übereignen. Das neue Energieversorgungsunternehmen kann statt der Übereignung verlangen, dass ihm der Besitz hieran eingeräumt wird. Für die wirtschaftlich angemessene Vergütung ist der sich nach den zu erzielenden Erlösen bemessende objektivierte Ertragswert des Energieversorgungsnetzes maßgeblich. Die Möglichkeit zur Einigung auf eine anderweitig basierte Vergütung bleibt unberührt.

(3) Die Gemeinden machen spätestens zwei Jahre vor Ablauf von Verträgen nach Absatz 2 das Vertragsende und einen ausdrücklichen Hinweis auf die nach § 46a von der Gemeinde in geeigneter Form zu

veröffentlichenden Daten sowie den Ort der Veröffentlichung durch Veröffentlichung im Bundesanzeiger bekannt. Wenn im Gemeindegebiet mehr als 100 000 Kunden unmittelbar oder mittelbar an das Versorgungsnetz angeschlossen sind, hat die Bekanntmachung zusätzlich im Amtsblatt der Europäischen Union zu erfolgen. Beabsichtigen Gemeinden eine Verlängerung von Verträgen nach Absatz 2 vor Ablauf der Vertragslaufzeit, so sind die bestehenden Verträge zu beenden und die vorzeitige Beendigung sowie das Vertragsende nach Maßgabe der Sätze 1 und 2 öffentlich bekannt zu geben.

(4) Die Gemeinde ist bei der Auswahl des Unternehmens den Zielen des § 1 Absatz 1 verpflichtet. Unter Wahrung netzwirtschaftlicher Anforderungen, insbesondere der Versorgungssicherheit und der Kosteneffizienz, können auch Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft berücksichtigt werden. Bei der Gewichtung der einzelnen Auswahlkriterien ist die Gemeinde berechtigt, den Anforderungen des jeweiligen Netzgebietes Rechnung zu tragen. Die Gemeinde hat jedem Unternehmen, das innerhalb einer von der Gemeinde in der Bekanntmachung nach Absatz 3 Satz 1 oder 3 gesetzten Frist von mindestens drei Kalendermonaten ein Interesse an der Nutzung der öffentlichen Verkehrswege bekundet, die Auswahlkriterien und deren Gewichtung in Textform mitzuteilen.

(5) Die Gemeinde hat die Unternehmen, deren Angebote nicht angenommen werden sollen, über die Gründe der vorgesehenen Ablehnung ihres Angebots und über den frühesten Zeitpunkt des beabsichtigten Vertragsschlusses in Textform zu informieren. Die Gemeinde macht bei Neuabschluss oder Verlängerung von Verträgen nach Absatz 2 ihre Entscheidung unter Angabe der maßgeblichen Gründe öffentlich bekannt.

(6) Die Absätze 2 bis 5 finden für Eigenbetriebe der Gemeinden entsprechende Anwendung.

(7) Die Aufgaben und Zuständigkeiten der Kartellbehörden nach dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen bleiben unberührt.

§ 46a

Auskunftsanspruch der Gemeinde

Der bisherige Nutzungsberechtigte ist verpflichtet, der Gemeinde spätestens ein Jahr vor Bekanntmachung der Gemeinde nach § 46 Absatz 3 diejenigen Informationen über die technische und wirtschaftliche Situation des Netzes zur Verfügung zu stellen, die für eine Bewertung des Netzes im Rahmen einer Bewerbung um den Abschluss eines Vertrages nach § 46 Absatz 2 Satz 1 erforderlich sind. Zu den Informationen über die wirtschaftliche Situation des Netzes gehören insbesondere

1. die im Zeitpunkt der Errichtung der Verteilungsanlagen jeweils erstmalig aktivierten Anschaffungs- und Herstellungskosten gemäß § 255 des Handelsgesetzbuchs,
2. das Jahr der Aktivierung der Verteilungsanlagen,
3. die jeweils in Anwendung gebrachten betriebsgewöhnlichen Nutzungsdauern und
4. die jeweiligen kalkulatorischen Restwerte und Nutzungsdauern laut den betreffenden Bescheiden der jeweiligen Regulierungsbehörde.

Die Bundesnetzagentur kann im Einvernehmen mit dem Bundeskartellamt Entscheidungen über den Umfang und das Format der zur Verfügung zu stellenden Daten durch Festlegung gegenüber den Energieversorgungsunternehmen treffen.

§ 47

Rügeobliegenheit, Präklusion

(1) Jedes beteiligte Unternehmen kann eine Rechtsverletzung durch Nichtbeachtung der Grundsätze eines transparenten und diskriminierungsfreien Verfahrens nach § 46 Absatz 1 bis 4 nur geltend machen, soweit es diese nach Maßgabe von Absatz 2 gerügt hat. Die Rüge ist in Textform gegenüber der Gemeinde zu erklären und zu begründen.

(2) Rechtsverletzungen, die aufgrund einer Bekanntmachung nach § 46 Absatz 3 erkennbar sind, sind innerhalb der Frist aus § 46 Absatz 4 Satz 4 zu rügen. Rechtsverletzungen, die aus der Mitteilung nach § 46 Absatz 4 Satz 4 erkennbar sind, sind innerhalb von 15 Kalendertagen ab deren Zugang zu rügen. Rechtsverletzungen im Rahmen der Auswahlentscheidung, die aus der Information nach § 46 Absatz 5 Satz 1 erkennbar sind, sind innerhalb von 30 Kalendertagen ab deren Zugang zu rügen. Erfolgt eine Akteneinsicht nach Absatz 3, beginnt die Frist nach Satz 3 für den Antragsteller erneut ab dem ersten Tag, an dem die Gemeinde die Akten zur Einsichtnahme bereitgestellt hat.

(3) Zur Vorbereitung einer Rüge nach Absatz 2 Satz 3 hat die Gemeinde jedem beteiligten Unternehmen auf Antrag Einsicht in die Akten zu gewähren und auf dessen Kosten Ausfertigungen, Auszüge oder Abschriften zu erteilen. Der Antrag auf Akteneinsicht ist in Textform innerhalb einer Woche ab Zugang der Information nach § 46 Absatz 5 Satz 1 zu stellen. Die Gemeinde hat die Einsicht in die Unterlagen zu versagen, soweit dies zur Wahrung von Betriebs- oder Geschäftsgeheimnissen geboten ist.

(4) Hilft die Gemeinde der Rüge nicht ab, so hat sie das rügende Unternehmen hierüber in Textform zu informieren und ihre Entscheidung zu begründen.

(5) Beteiligte Unternehmen können gerügte Rechtsverletzungen, denen die Gemeinde nicht abhilft, nur innerhalb von 15 Kalendertagen ab Zugang der Information nach Absatz 4 vor den ordentlichen Gerichten geltend machen. Es gelten die Vorschriften der Zivilprozessordnung über das Verfahren auf Erlass einer einstweiligen Verfügung. Ein Verfügungsgrund braucht nicht glaubhaft gemacht zu werden.

(6) Ein Vertrag nach § 46 Absatz 2 darf erst nach Ablauf der Fristen aus Absatz 2 Satz 3 und Absatz 5 Satz 1 geschlossen werden.“

3. § 48 Absatz 4 wird wie folgt gefasst:

„(4) Die Pflicht zur Zahlung der vertraglich vereinbarten Konzessionsabgaben besteht auch nach Ablauf des Wegenutzungsvertrages bis zur Übertragung der Verteilungsanlagen auf einen neuen Vertragspartner nach § 46 Absatz 2 fort. Satz 1 gilt nicht, wenn die Gemeinde es unterlassen hat, ein Verfahren nach § 46 Absatz 3 bis 5 durchzuführen.“

Artikel 2

Inkrafttreten

Dieses Gesetz tritt am Tag nach der Verkündung in Kraft.

Begründung

A. Allgemeiner Teil

I. Zielsetzung und Notwendigkeit der Regelungen

Die Begrenzung der Laufzeit von Wegenutzungsverträgen im Sinne von § 46 EnWG (umgangssprachlich „Konzessionsverträge" genannt) auf 20 Jahre ist das zentrale Element, um einen freien, an den Zielen des § 1 EnWG orientierten Wettbewerb um die Strom- und Gasverteilernetze zu schaffen. Wegen des natürlichen Monopols der Kommunen hinsichtlich der Wegenutzungsrechte erfolgt dieser Wettbewerb nicht im freien Markt, sondern wird durch die jeweilige Gemeinde administriert. Dieser Wettbewerb ist kein Selbstzweck, er dient dazu, die in § 1 Absatz 1 EnWG normierten Ziele, die im Interesse des Allgemeinwohls liegen, zu erreichen. Die gesetzlich angeordnete Laufzeitbegrenzung von Wegenutzungsverträgen verhindert, dass das Verteilernetz im natürlichen Monopol zum Nachteil von Verbraucher, Gewerbe und Industrie erstarrt. Dies ist insbesondere im Hinblick auf die großen Herausforderungen, welche die Energiewende an das Stromverteilernetz stellt, von großer Bedeutung. Dies hat zuletzt die im Auftrag des BMWi erstellte Studie „Moderne Verteilernetze für Deutschland" aufgezeigt. Sie geht bei Zugrundelegung des „EEG-Szenarios 2014" von notwendigen Investitionen in Höhe von ca. 23,2 Milliarden Euro bis 2032 aus und gibt einen Fingerzeig, dass der Verteilernetzbetrieb vor einem grundlegenden Wandel steht. Dies betrifft insbesondere den Einsatz moderner Netztechnologien und Maßnahmen des Last- und Erzeugungsmanagements.

Ein derartiger „Wettbewerb um das Netz" bedarf klarer Regeln, um seine Ziele nicht zu verfehlen. Er muss diskriminierungsfrei ausgestaltet werden und sicherstellen, dass dasjenige Unternehmen zum Zug kommt, welches die Aufgabe des Netzbetriebes zum Wohle der Allgemeinheit am besten wahrnehmen kann. Dies erfordert einerseits Vorgaben an die das Verfahren administrierende Gemeinde, die eine sachgerechte Entscheidung zu treffen hat. Andererseits sind strenge Regelungen gegenüber den aktuellen Inhabern des Wegenutzungsrechtes nötig, denen trotz eines drohenden Netzgebietsverlustes aufgegeben werden muss, an einem fairen Verfahren mitzuwirken.

Die jüngere Praxis hat insoweit aufgezeigt, dass eine Verbesserung bzw. Konkretisierung der gesetzlichen Rahmenbedingungen helfen kann, das der Vergabe- und Netzübernahmesituation innewohnende Konfliktpotenzial zu reduzieren. Gerade kommunale Interessensvertreter mahnten zuletzt vermehrt an, dass geplante Netzübernahmen in kommunale Hand durch gewisse Verhaltensweisen des aktuellen Inhabers des Wegenutzungsrechtes unbillig erschwert werden könnten. Hier können durch die vorliegende Novelle Verbesserungen erreicht werden. Die Zielvorgabe der vorliegenden Novelle lautet: Jedem (kommunalen) Bewerber ist eine rechtssichere Übernahme der Netze zu ermöglichen, wenn er sich im Wettbewerb als geeignetster künftiger Netzbetreiber durchsetzen kann.

Auch der Koalitionsvertrag enthält die Zielsetzung, für mehr Rechtssicherheit bei der Vergabe von Wegenutzungsrechten für die leitungsgebundene Energieversorgung zu sorgen und im Rahmen dieser Vergabe möglichst klare Auswahlkriterien vorzugeben.

Es ist bei einer solchen Rechtsänderung jedoch Augenmaß zu wahren: Jede Vergabe von Wegenutzungsrechten hat ihre Besonderheiten, insbesondere im Hinblick auf die besonderen Anforderungen an den jeweiligen künftigen Netzbetrieb. So sehen sich z. B. ländliche Stromnetzbetreiber anderen Herausforderungen gegenüber als städtische. Dies hat die erwähnte BMWi-Verteilernetzstudie anhand simulierter Modellnetzklassen klar aufgezeigt.

II. Wesentlicher Inhalt des Entwurfs

Der vorliegende Entwurf dient einer Erhöhung der Rechtssicherheit im vergabeähnlichen Verfahren des § 46 EnWG. Dies ist ein wichtiges Ziel, denn Streitigkeiten im Rahmen der Vergabe von Wegenutzungsrechten zur leitungsgebundenen Energieversorgung oder gar das Erfordernis einer Verfahrenswiederholung im Anschluss an ein gerichtliches Verfahren schaden der Allgemeinheit. Wichtige Netzausbau und -verstärkungsmaßnahmen

könnten für einen beachtlichen Zeitraum zum Erliegen kommen. Gerade im Hinblick auf den zügigen Zubau dezentraler Erzeugungsanlagen, die in das Stromverteilernetz zu integrieren sind, sind solche Verzögerungen fatal.

Der Entwurf greift Probleme und Hindernisse auf, die zuletzt in der Praxis im Rahmen geplanter Neuvergaben häufiger auftraten und daher ein gesetzgeberisches Handeln nahelegen.

So wird die Pflicht des aktuellen Wegenutzungsinhabers zur Auskunftserteilung konkretisiert. Denn eine Entscheidung potenzieller Netzbewerber, am Wettbewerb „um das Netz" teilzunehmen, setzt die Verfügbarkeit möglichst ausführlicher und belastbarer Informationen über das gegenständliche Verteilernetz voraus. Daneben wird allen beteiligten Unternehmen eine Rügeobliegenheit auferlegt. So wird vermieden, dass Verfahrensfehler noch Jahre nach der Entscheidung erstmals geltend gemacht werden und sich der neue Wegenutzungsinhaber sowie die Gemeinde in einem fortdauernden Schwebezustand der Rechtsunsicherheit befinden. Auch wird eine weitere von kommunaler Seite vorgebrachte Forderung aufgegriffen: Es ist zu verhindern, dass die Gemeinde vorübergehende Einnahmeverluste aufgrund von Streitigkeiten über den Netzübergang erleidet. Dies kann dadurch geschehen, dass die Pflicht des ehemaligen Wegenutzungsrechtsinhabers zur Zahlung der Konzessionsabgabe nach der Konzessionsabgabenverordnung (KAV) auch in solchen Fällen fortbesteht. Dies setzt jedoch voraus, dass die Gemeinde auch tatsächlich ein Verfahren nach § 46 Absatz 3 bis 5 EnWG angestrengt hat.

Mit der bestehenden Verpflichtung zur Übereignung des Netzes „gegen Zahlung einer wirtschaftlich angemessenen Vergütung" soll gewährleistet werden, dass ein Wechsel des Wegenutzungsrechtsinhabers nicht an einem prohibitiv hohen Kaufpreis für das Netz scheitert. Dies ist für einen funktionierenden Wettbewerb „um das Netz" unerlässlich. Um auch bei dieser Frage für mehr Rechtssicherheit zu sorgen, soll mit dem vorliegenden Entwurf entsprechend der mit dem „Kaufering-Urteil" des Bundesgerichtshofs (Urteil vom 16. November 1999, KZR 12/97; bestätigt durch BGH, Beschluss vom 3. Juni 2014, Az. EnVR 10/13 – Stromnetz Homberg) aufgestellten Grundsätze insoweit der objektivierte Ertragswert als Regelfall normiert werden, ohne die Vertragsfreiheit der beteiligten Parteien sowie das verfassungsrechtlich geschützte Recht zur Verwertung des Anlageneigentums über Gebühr zu beschränken. Die Vertragsautonomie der Parteien genießt nach wie vor Vorrang.

Daneben lässt der Gesetzeswortlaut nun zu, auch Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Rahmen der Vergabe von Wegenutzungsrechten zu berücksichtigen. Es wird allerdings „kein Rabatt" auf die Auswahlkriterien des § 1 Absatz 1 EnWG, insbesondere auf die Versorgungssicherheit und die Kosteneffizienz gegeben.

III. Alternativen

Ein Anliegen, das von kommunaler Seite vermehrt vorgebracht wurde, ist die Zulässigkeit einer „In-House-Vergabe", d. h. der Zuweisung der Wegenutzungsrechte an einen kommunalen Eigenbetrieb ohne vorherige Durchführung eines vergabeähnlichen Verfahrens samt diskriminierungsfreier Auswahlentscheidung.

Die Zulassung einer „In-House-Vergabe" wäre schon aus energiewirtschaftlichen Gründen bedenklich. Der in § 46 EnWG verankerte Wettbewerb „um das Netz" darf nicht zur Disposition stehen. Er dient der Sicherstellung des hohen Qualitätsstandards, der für einen zuverlässigen Netzbetrieb dringend erforderlich ist. Ein „Ewigkeitsrecht" der Kommunen würde die falschen Signale setzen und befürchten lassen, dass das Verteilernetz im natürlichen Monopol zum Nachteil von Verbraucher, Gewerbe und Industrie einen nicht hinzunehmenden Qualitätsverlust erleidet. Dies gilt umso mehr, als dass sich durch die politische Entscheidung zur Energiewende (80 Prozent Erzeugung aus Erneuerbaren Energien bis 2050) die Anforderungen an den Verteilernetzbetrieb immer stärker verändern werden. Das herkömmliche Verteilernetz hatte lediglich die Aufgabe, Strom aus höheren Spannungsebenen in die niedrigeren Spannungsebenen bis hin zum Verbraucher zu verteilen. Im Stromnetz der Zukunft wird der Verteilernetzbetreiber eine deutlich aktivere Rolle einnehmen müssen, da über 98 Prozent aller Erzeugungsanlagen auf seiner Netzebene angeschlossen sind. Ferner nimmt die Anzahl an „Prosumern", also solchen Netznutzern, die sowohl Strom einspeisen als auch aus dem Netz beziehen, stetig zu. All diese neuen Herausforderungen sind zu meistern, teilweise durch komplexe Anwendung moderner Kommunikationstechnologien zum Zwecke eines netz- wie auch marktgetriebenen Last- und Erzeugungsmanagements („Smart Grid"). Dies stellt wiederum erhöhte Anforderungen an die IKT-Sicherheit, was eine besondere neue Herausforderung darstellt.

Zudem trifft man immer wieder Argumentationsmuster an, die auf gewünschten kommunalen Betätigungen im Erzeugungs- und Vertriebsbereich, beispielsweise auf politisch bevorzugten Kraftwerkstypen basieren. Diese sind angesichts des im dritten Binnenmarktpaket sowie im EnWG fest verankerten Prinzips der Netzentflechtung systemwidrig und daher von vornherein zu verwerfen.

Im Übrigen ist die Gesellschafterstruktur des Netzbetreibers – ob kommunal oder privatrechtlich – für die Qualität des Netzbetriebes unerheblich, nicht einmal eine Indizwirkung in die eine oder andere Richtung lassen die Erfahrungen aus der Praxis zu. Es muss darum gehen, durch ein wettbewerbliches Verfahren den für das jeweilige Netzgebiet geeignetsten Bewerber zum Zuge kommen zu lassen. Ist dies die Kommune, so soll sie den Netzbetrieb übernehmen können.

Eine Ausnahme für In-House-Vergaben von den Vorgaben des § 46 EnWG ergibt sich auch nicht aus den neuen EU-Vergaberichtlinien, insbesondere nicht aus der neuen EU-Richtlinie zur Vergabe von Konzessionen (2014/23/EU). Zwar sieht die Konzessionsrichtlinie ausdrücklich eine Ausnahme vom EU-Vergaberecht für In-House-Vergaben vor. Jedoch gilt die Konzessionsrichtlinie für Wegenutzungsverträge im Sinne von § 46 EnWG grundsätzlich nicht. Die Erwägungsgründe der Konzessionsrichtlinie stellen klar, dass „Vereinbarungen über die Gewährung von Wegerechten hinsichtlich der Nutzung öffentlicher Liegenschaften für die Bereitstellung oder den Betrieb fester Leitungen oder Netz, über die eine Dienstleistung für die Allgemeinheit erbracht werden soll," nicht als Konzession im Sinne der Richtlinie gelten, „sofern derartige Vereinbarungen weder eine Lieferverpflichtung auferlegen, noch den Erwerb von Dienstleistungen durch den öffentlichen Auftraggeber oder den Auftraggeber für sich selbst oder für Endnutzer vorsehen" (Erwägungsgrund 16 der Richtlinie 2014/23/EU).

IV. Gesetzgebungskompetenz

Die Gesetzgebungskompetenz des Bundes ergibt sich aus Artikel 74 Absatz 1 Nummer 11 (Recht der Energiewirtschaft) in Verbindung mit Artikel 72 Absatz 2 des Grundgesetzes.

Eine bundesgesetzliche Regelung ist zur Wahrung der Rechts- und Wirtschaftseinheit im gesamtstaatlichen Interesse erforderlich. Die Strom- und Gaswirtschaft ist eine Schlüsselbranche mit erheblicher Bedeutung für die gesamtwirtschaftliche Entwicklung und für alle öffentlichen und privaten Letztverbraucher von Strom und Gas.

Hinzu kommt, dass zahlreiche Energieversorgungsunternehmen länderübergreifend tätig sind. Aus diesen Gründen würde eine Gesetzesvielfalt auf Länderebene eine Rechtszersplitterung mit problematischen Folgen darstellen, die sowohl im Interesse des Bundes als auch der Länder nicht hingenommen werden kann. Zudem würde dies erhebliche Nachteile für die Gesamtwirtschaft mit sich bringen.

V. Vereinbarkeit mit dem Recht der Europäischen Union und völkerrechtlichen Verträgen

Die Vorgabe sachgerechter Kriterien für das in § 46 EnWG angelegte vergabeähnliche Verfahren entspricht den europäischen Wettbewerbsregeln.

Zum Verhältnis des § 46 EnWG zur Konzessionsrichtlinie (2014/23/EU) ist auszuführen, dass sich die Bundesregierung im Rahmen des EU-Gesetzgebungsverfahren zur Modernisierung des Vergaberechts erfolgreich dafür eingesetzt hat, dass die „Gewährung von Wegerechten hinsichtlich der Nutzung öffentlicher Liegenschaften für die Bereitstellung oder den Betrieb fester Leitungen oder Netze" grundsätzlich nicht als Konzession im Sinne der Richtlinie gilt (s. o. unter III.). Diese Ausführungen betreffen vor allem Wegenutzungsverträge im Sinne des § 46 EnWG für Strom- und Gasleitungen.

Dies bedeutet insbesondere, dass es eine autonome Entscheidung des deutschen Gesetzgebers ist, ob im Bereich der Wegenutzungsverträge für Strom und Gas sachliche Gründe bestehen, die eine privilegierte Berücksichtigung von kommunalen Interessen beim Rückerwerb des Netzbetriebes („Rekommunalisierung") zulassen oder nicht.

VI. Gesetzesfolgen

1. Rechts- und Verwaltungsvereinfachung

Der vorliegende Entwurf dient der Erhöhung der Rechtssicherheit im Rahmen des in § 46 EnWG angelegten vergabeähnlichen Verfahrens.

2. Nachhaltigkeitsaspekte

Der Entwurf dient zumindest mittelbar der Modernisierung der Verteilernetzstruktur in Deutschland und somit auch der Nachhaltigkeitsstrategie.

3. Haushaltsausgaben ohne Erfüllungsaufwand

Keine.

4. Erfüllungsaufwand

a) Erfüllungsaufwand für die Bürgerinnen und Bürger

Das Regelungsvorhaben hat keine Auswirkungen auf den Erfüllungsaufwand der Bürgerinnen und Bürger.

b) Erfüllungsaufwand für die Wirtschaft

Das Regelungsvorhaben hat keine Auswirkungen auf den Erfüllungsaufwand der Wirtschaft. Eine Kompensation nach den Vorgaben der Bürokratiebremse erübrigt sich damit. Der Auskunftsanspruch nach dem neuen § 46a EnWG konkretisiert lediglich die bestehenden Vorgaben aus § 46 Absatz 2 Sätze 4 und 5 EnWG. Darüber hinaus besteht ohnehin eine Festlegungskompetenz der Bundesnetzagentur, im Einvernehmen mit dem Bundeskartellamt den Umfang der herauszugebenen Daten festzulegen.

c) Erfüllungsaufwand für die Verwaltung

Es entsteht kein nennenswerter Mehraufwand für die Verwaltung. Der neue § 46 Absatz 4 Satz 4 EnWG fordert, dass konkret an den Wegenutzungsrechten interessierten Unternehmen auf Anfrage die Wertungskriterien und deren Gewichtung mitzuteilen sind. Da entsprechende Dokumente für ein rechtssicheres Verfahren ohnehin erstellt werden müssen, besteht ein Mehraufwand allenfalls im Versenden weniger E-Mails. Die Anzahl konkret interessierter Unternehmen ist in der Regel stark begrenzt.

Die Pflichten der Gemeinde aus dem neuen § 47 EnWG, sich mit Rügen beteiligter Unternehmen auseinanderzusetzen, fällt ebenfalls nicht nennenswert ins Gewicht. Insbesondere wenn man bedenkt, dass der Zweck des neuen § 47 EnWG gerade eine wesentliche Entlastung der Gemeinde darstellt, sich mit spät vorgetragenen Rügen wegen der eintretenden Präklusionswirkung in der Sache nicht mehr auseinandersetzen zu müssen. Letztlich kann ein Rügeverfahren ein gerichtliches Verfahren obsolet machen, was den Aufwand der Gemeinde, ein Verfahren nach § 46 EnWG erfolgreich abzuschließen, erheblich reduzieren kann.

5. Weitere Kosten

Keine.

6. Weitere Gesetzesfolgen

Keine.

VII. Befristung; Evaluation

Keine.

B. Besonderer Teil

Zu Artikel 1 (Änderung des EnWG)

Zu Nummer 2 (§§ 46, 46a und 47)

§ 46 Absatz 1:

Dieser Absatz bleibt unverändert.

§ 46 Absatz 2:

Der neue § 46 Absatz 2 Satz 4 EnWG normiert den objektivierten Ertragswert als maßgeblichen Wert zur Bestimmung der „wirtschaftlich angemessenen Vergütung“, die als Gegenleistung für die Übereignung des Netzes zu entrichten ist. Hierfür besteht trotz der nach wie vor geltenden „Kaufering“-Rechtsprechung des BGH (Urteil vom 16. November 1999, KZR 12/97; bestätigt durch BGH, Beschluss vom 3. Juni 2014, Az. EnVR 10/13 – Stromnetz Homberg) ein Bedürfnis, da in der Vergangenheit zahlreiche Netzübernahmen durch überhöhte Kaufpreisforderungen des vormaligen Wegenutzungsrechtsinhabers erheblich verzögert wurden. Eine solche Praxis widerspricht jedoch dem mit der Konzeption des in § 46 EnWG verfolgten Ziels eines funktionierenden „Wettbewerbs um das Netz“.

Für jeden potenziellen Netzbewerber macht eine Bewerbung um das Netzgebiet wirtschaftlich nur dann Sinn, wenn sich der zu zahlende Kaufpreis an den mit dem Netz zu erzielenden Erträgen orientiert. Mit anderen Worten setzt ein funktionierender Wettbewerb „um das Netz“ eine Orientierung am Ertragswert für die Fälle voraus, in denen sich der vormalige und der aktuelle Wegenutzungsrechteinhaber nicht über den zu entrichtenden Kaufpreis einigen können.

Der Ertragswert kann auf Basis der Netzentgelt- und Anreizregulierungsverordnung berechnet werden. Insoweit kann auf die Ausführungen des gemeinsamen Leitfadens von Bundeskartellamt und Bundesnetzagentur zur Vergabe von Wegerechten für Strom- und Gasnetze vom Dezember 2010, zuletzt überarbeitet mit Fassung vom 21. Mai 2015, verwiesen werden.

Das gesetzgeberische Plädoyer für die Art und Weise der Kaufpreisermittlung steht im Spannungsfeld zu Artikel 14 des Grundgesetzes der Bundesrepublik Deutschland. Die vorliegend vorgeschlagene Ausrichtung am objektivierten Ertragswert stellt insoweit eine zulässige Inhalts- und Schrankenbestimmung dar. Ihre Rechtfertigung liegt in den Zielen, Chancen und Funktionsvoraussetzungen des in § 46 EnWG angelegten Ausschreibungswettbewerbs, der wie bereits mehrfach ausgeführt dem Wohle der Allgemeinheit dient.

Im Einzelfall kann die Vorgabe des objektivierten Ertragswerts dazu führen, dass die nach dieser Vorschrift zu bestimmende angemessene Vergütung für das Netz unter dessen Sachzeitwert liegt. Auch dies ist angesichts der Funktionsweise der Strom- und Gasnetzentgeltregulierung verfassungsrechtlich unbedenklich. Da der Ertragswert des Netzes auf dessen kalkulatorischem Restwert basiert, bedeutet ein niedriger Ertragswert ein zurückhaltendes Investitionsverhalten des bisherigen Netzbetreibers. Zum anderen kann ein niedriger Ertragswert nur dann zu Stande kommen, wenn der bisherige Netzbetreiber das Netz weitgehend abgeschrieben und seine Investitionen amortisiert hat. Im theoretischen Fall einer vollständigen Abschreibung könnte er wegen des Verbots der „Abschreibung unter null“ (§ 6 Absatz 6 StromNEV/GasNEV) auch keine weiteren Erträge erwirtschaften. Der mit dem objektivierten Ertragswert verbundene Rückgriff auf das Regulierungsregime von StromNEV und GasNEV garantiert für die Netzbewertung eine sachgerechte, neutrale und objektivierte Basis.

Ferner wird durch Satz 5 klargestellt, dass die Vertragsautonomie stets Vorrang genießt. Bei Satz 4 handelt es sich mithin lediglich um eine Vorschrift für den Fall, dass zwischen dem bisher Nutzungsberechtigten und dem neuen Energieversorgungsunternehmen keine Einigung über den Netzkaufpreis erzielt werden kann.

§ 46 Absatz 3:

Es besteht kein Grund, nicht auch bei vorzeitiger Verlängerung des Wegenutzungsvertrages die Vorgaben der Sätze 1 und 2 zu fordern. Die Änderung in Satz 3 stellt dies klar. Die Sätze 5 und 6 werden wegen ihrer zentralen Bedeutung in einen neuen Absatz 4 verschoben.

Die Vorgabe in § 46 Absatz 3 Satz 4 der vorherigen Fassung, dass Vertragsabschlüsse mit Unternehmen frühestens drei Monate nach der Bekanntgabe der vorzeitigen Beendigung erfolgen dürfen, ist nicht mehr erforderlich. Der neu gefasste § 46 Absatz 4 Satz 4 EnWG sieht hier ohnehin eine Frist zur Interessenbekundung von mindestens drei Monaten vor. Ferner sorgt der neue § 47 Absatz 6 EnWG dafür, dass ein Vertragsschluss nur dann möglich ist, wenn keine Verfahrensrügen mehr erhoben werden können.

§ 46 Absatz 4:

Die Notwendigkeit, Kriterien für die Vergabe von Wegenutzungsrechten vorzugeben, ergibt sich aus dem Bedürfnis nach einem funktionierenden Wettbewerb „um das Netz“ sowie aus den nationalen und europäischen Wettbewerbsregeln. Die sachgerechten energiewirtschaftlichen Kriterien für die Entscheidung der Gemeinde müssen sich hierbei aufgrund der Vorgaben zur Entflechtung des Netzbetriebs von Vertrieb und Erzeugung auf Aspekte des Netzbetriebs beschränken.

Absatz 4 Satz 1:

Satz 1 soll im Hinblick auf die Berücksichtigung energiewirtschaftlicher Kriterien die bestehende Rechtslage bestätigen. Da jedoch ein Verweis auf § 1 EnWG insgesamt ungenau ist und auch mit dem am 4. November 2015 im Bundeskabinett beschlossenen Strommarktgesetz ein weiterer Absatz 4 normiert werden soll, der im Rahmen des § 46 EnWG jedoch keine Rolle spielen kann, wird konkret auf die Ziele des § 1 Absatz 1 EnWG verwiesen. Diese sind Versorgungssicherheit, Preisgünstigkeit, Verbraucherfreundlichkeit, Effizienz, Umweltverträglichkeit sowie die zunehmend auf erneuerbaren Energien basierende Energieversorgung. Jeder dieser Ziele hat in die konkrete Auswahlentscheidung einzufließen.

Es liegt auf der Hand, dass diese Ziele teilweise schwer voneinander abzugrenzen sind, da sie mehreren Zielen des § 1 Absatz 1 EnWG zugeordnet werden können. Eine klare Trennung durch den Gesetzgeber ist hier nicht möglich, ist aber in der Praxis auch nicht zwingend erforderlich. Wichtig ist, dass die Ziele des § 1 Absatz 1 EnWG als Kriterien von der Gemeinde sachgerecht zugeordnet und bewertet werden. Insoweit ist ihr ein ausreichender Ermessensspielraum zu gewähren.

Von einer strikten gesetzlichen Vorgabe, wie die einzelnen Ziele des § 1 Absatz 1 EnWG in konkrete Auswahlkriterien „umzuwandeln“ sind, wird im Rahmen der vorliegenden Novelle Abstand genommen. Die Vorgabe eines konkreten Kriterienkatalogs zur Schaffung von mehr Klarheit für die Rechtsanwender birgt nämlich die Gefahr, in Anbetracht der mittlerweile hierzu ergangenen Rechtsprechung neue Rechtsunsicherheit zu schaffen. Es ist daher sachgerecht, der Gemeinde einen weiten Entscheidungsspielraum zu überlassen (siehe auch Satz 3) und die Konkretisierung der einzelnen Ziele des § 1 Absatz 1 EnWG durch die Praxis und die Auslegung durch die Rechtsprechung weiterhin zuzulassen.

Aus diesem Grund verzichtet der vorliegende Entwurf auch auf eine gesetzliche Vorgabe zur zwingenden Gewichtung der einzelnen Kriterien, stellt aber durch die Formulierung in Absatz 4 Satz 2 die besondere Bedeutung der Versorgungssicherheit und der Kosteneffizienz für die Allgemeinheit heraus.

Zu den einzelnen Kriterien, die sich durch den Verweis auf die Ziele des § 1 Absatz 1 EnWG ergeben, lässt sich folgendes ausführen:

Versorgungssicherheit:

Die Gewährleistung der Zuverlässigkeit und Sicherheit des Verteilernetzes ist die elementare Aufgabe des Netzbetreibers. Er hat gemäß §§ 11, 14 EnWG ein sicheres, zuverlässiges und leistungsfähiges Energieversorgungsnetz zu betreiben, zu warten, bedarfsgerecht auszubauen und zu verstärken. Die mit der Energiewende verbundene Notwendigkeit der Netzintegration dezentraler Erzeugungsanlagen wird hier in vielen Netzgebieten große Anforderungen an die Betreiber von Stromverteilernetzen stellen. Im Hinblick auf zur Bewertung dieses Kriteriums vorzulegende Referenzen oder gar Genehmigungen nach § 4 EnWG ist auszuführen, dass neu gegründeten Stadtwerken, die an dem Verfahren teilnehmen, die Möglichkeit gegeben werden muss, mit etablierten Akteuren insoweit „auf Augenhöhe“ zu gelangen. Eine Neugründung darf per se kein Wettbewerbsnachteil sein. In keinem Fall dürfen zum Zwecke der Neuaufstellung als Netzbetreiber ergriffene Organisationsmaßnahmen per se als Vorfestlegung der Gemeinde ausgelegt werden, sich für den kommunalen Netzbewerber entscheiden zu wollen.

Preisgünstigkeit und Effizienz:

Die Netzkosten betragen für den Verbraucher ca. 20 Prozent des Energiepreises. Es liegt daher auf der Hand, dass die zu erwartende Höhe der Netznutzungsentgelte ein sachgerechtes Kriterium für die Auswahl des künftigen Netzbetreibers darstellt.

Grundsätzlich ist die kommunale Entscheidung dann sachgerecht, wenn sie sich an der in der Vergangenheit bewiesenen Effizienz der sich bewerbenden Netzbetreiber orientiert. Die Anreizregulierung zeigt diese grundsätzlich durch einen Effizienzvergleich auf, hinzu kommen Gesichtspunkte der Netzbetriebsqualität nach Maßgabe der §§ 18 ff. ARegV. Allerdings ist ein solcher Vergleich nur dann möglich, soweit sich bisher an anderer Stelle bereits im Verteilernetzbetrieb tätige Unternehmen als Interessenten bewerben. Dies ist aber bei „Newcomern" gerade nicht der Fall. Ferner ist zu beachten, dass für Bewerber, die bislang im vereinfachten Verfahren nach § 24 ARegV geprüft wurden, gerade kein belastbarer Effizienzwert vorliegt.

In allen Fällen, in denen es an belastbaren Daten mangelt, sind zur Bewertung der Kosteneffizienz sämtliche vorhandenen Indizien heranzuziehen, die ein effizientes Verhalten des Netzbetreibers belegen. Insbesondere dürfen keine Verhaltensweisen von Interessenten belohnt werden, die zu den Zielen der Anreizregulierungsverordnung im Widerspruch stehen.

Zur Effizienz im Sinne des § 1 Absatz 1 EnWG gehört allerdings auch die Energieeffizienz. Die Gewährleistung von Energieeffizienz im Rahmen des Netzbetriebes lässt sich in erster Linie anhand von Konzepten zur Minimierung von Verlustenergie bzw. Gasschwund bewerten.

Verbraucherfreundlichkeit:

Wird in § 1 Absatz 1 EnWG die Verbraucherfreundlichkeit als Ziel ausgegeben, so ist in Bezug auf den Netzbetrieb insbesondere der Kundenservice bei Netzanschlüssen, Netzstörungen und Zählerablesungen gemeint. Durch besondere Verbraucherfreundlichkeit kann sich hierbei das Angebot an Messeinrichtungen, insbesondere an intelligenten Messsystemen und Zählern auszeichnen, da hier dem Verbraucher eine präzise Verbrauchsvisualisierung angeboten werden kann. Dies hat für die Verbraucher gegenüber den herkömmlichen „Ferraris-Zählern" einen erheblichen Mehrwert. Gleiches gilt für den allgemeinen Service im Rahmen der Ablesung z. B. durch ein funktionierendes Online-Angebot zur Selbstablesung oder zur regelmäßigen Überprüfung des Zählerstandes. Hieran dürften die Verbraucher ein besonderes Interesse haben, da so der oft umständliche Ablesetermin entfällt. Zwar fallen Netz- und Messstellenbetrieb nicht zwingend zusammen, dies ist jedoch nach aktueller Sachlage immer noch der Regelfall.

Umweltverträglichkeit; zunehmend auf erneuerbaren Energien basierende Energieversorgung:

Angesichts der Netzneutralität gegenüber den Erzeugungsarten bedarf das in § 1 Absatz 1 EnWG genannte Ziel der Umweltverträglichkeit sowie der zunehmend auf erneuerbaren Energien basierenden Energieversorgung im Kontext netzbezogener Auswahlkriterien einer näheren Konkretisierung. Es ist offensichtlich, dass sich umweltpolitische Ziele nicht allein über Maßnahmen des Netzbetriebs erreichen lassen. Allerdings stellt die energiewendebedingte Netzintegration dezentraler Erzeugungsanlagen hohe Anforderungen an den Netzbetrieb. Die im Herbst 2014 veröffentlichte Verteilernetzstudie des BMWi hat gezeigt, dass sich gerade Betreiber von ländlichen Stromverteilernetzen großen Herausforderungen gegenübersehen. Zwischen effizientem Stromnetzbetrieb in Form der effizienten Netzintegration dezentraler Erzeugungsanlagen und umweltfreundlicher Energieversorgung besteht somit ein direkter Wirkungszusammenhang. Umweltfreundliche Energie aus Wind und Sonne ist volatil; ihre Aufnahme bedarf intelligenter Konzepte wie den Einsatz von Speichern, Maßnahmen des Last- und Einspeisemanagements sowie regelbarer Ortsnetztransformatoren. Insbesondere derartige Konzepte unter Einsatz moderner (Kommunikations-)technologien können von der Gemeinde bewertet werden.

Zur Bewertung der Umweltverträglichkeit kann darüber hinaus insbesondere die Schonung von Bäumen bei der Leitungsverlegung sowie die Bereitschaft zur Erdverkabelung herangezogen werden.

Absatz 4 Satz 2:

Die Vorgabe des Absatz 4 Satz 1 steht im Spannungsfeld zu Artikel 28 Absatz 2 des Grundgesetzes, dem Recht auf kommunale Selbstverwaltung. Daher wird die jüngst ergangene BGH-Rechtsprechung abgebildet, dass die Vergabe von Wegenutzungsrechten sich an den Zielen des § 1 Absatz 1 EnWG orientieren muss, Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft aber auch Berücksichtigung finden dürfen. Denkbar sind hier insbesondere Laufzeit

und Modelle, die bessere Koordinierung von Baumaßnahmen mit weiteren Sparten (z. B. Wasserleitungen) sowie die Zahlung der höchstmöglichen Konzessionsabgabe nach der Konzessionsabgabenverordnung.

Hierdurch soll sichergestellt werden, dass im Lichte des Artikels 28 Absatz 2 des Grundgesetzes durch den normierten Wettbewerb „um das Netz“ die kommunalen Belange nicht ins Hintertreffen geraten. Allerdings wird klargestellt, dass diese berücksichtigungsfähigen kommunalen Belange nicht im Widerspruch zu den in § 1 Absatz 1 EnWG genannten netzwirtschaftlichen Anforderungen und insbesondere zu den zentralen Zielen der Versorgungssicherheit und der Kosteneffizienz stehen dürfen.

Im Ergebnis wird klargestellt, dass im Rahmen der Aufstellung und Bewertung der Auswahlkriterien die Ziele des § 1 Absatz 1 EnWG heranzuziehen sind, kommunale Belange, sofern die Gemeinde dies für erforderlich erachtet, aber berücksichtigt werden können.

Absatz 4 Satz 3:

Die Gewährung eines kommunalen Entscheidungsspielraums im Rahmen der Gewichtung der Auswahlkriterien ist sachgerecht, da die Gemeinden entsprechend ihrer örtlichen Netzbetriebsverhältnisse manche Ziele stärker gewichten können müssen als andere. Dies hängt von den netzbetrieblichen Herausforderungen vor Ort ab. Gerade die bereits zitierte Verteilernetzstudie des BMWi hat aufgezeigt, dass die Herausforderungen je nach Typisierung des Stromnetzgebietes stark divergieren können.

Absatz 4 Satz 4:

Für potentielle Netzbewerber ist es für die Entscheidung über die Teilnahme am vergabeähnlichen Verfahren wichtig, möglichst früh die von der Gemeinde aufgestellten Auswahlkriterien und deren Gewichtung zu kennen. Daher wird ein entsprechender Informationsanspruch konkret interessierter Bewerber normiert. Auch dient diese Änderung der Rechtssicherheit, da so mögliche Verstöße der Gemeinde gegen die Vorgaben aus Absatz 4 Satz 1 bis 3 im Rahmen der Aufstellung und Gewichtung der Auswahlkriterien früh erkennbar werden. Eine entsprechende Präklusionswirkung bei Unterlassung einer rechtzeitigen Rüge enthält der neue § 47 EnWG.

Die Gemeinde setzt zur Interessensbekundung im Rahmen der Bekanntmachung nach Absatz 3 eine Frist. Um potenziellen Bewerbern für die Entscheidung über eine konkrete Interessensbekundung ausreichend Zeit zu gewähren, darf diese Frist jedoch drei Kalendermonate nicht unterschreiten.

Den Zeitpunkt der Übermittlung der Auswahlkriterien und deren Gewichtung von der Gemeinde an das jeweilige Unternehmen regelt die Vorschrift jedoch nicht. In der Regel wird die Gemeinde abwarten, bis alle Interessensbekundungen eingegangen sind, und die Informationen anschließend zeitgleich an alle Bewerber versenden.

§ 46 Absatz 5:

Satz 1 orientiert sich am Rechtsgedanken des § 101a GWB und ist ein Anknüpfungspunkt für die neu einzuführende Rügeobliegenheitsvorschrift in § 47 Absatz 2 Satz 3 EnWG. Schon aus verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten ist es erforderlich, eine durch den Beschleunigungsgedanken motivierte Rügeobliegenheit durch eine klare Vorgabe von Informationsrechten und -pflichten zu ergänzen. Um eine Rügepflicht in Bezug auf die konkrete Unternehmensauswahl sachgerecht auszugestalten, muss für einen unterlegenen Bewerber klar erkennbar sein, warum ein anderer Bewerber den Vorzug erhalten soll. Er muss den bestmöglichen Einblick in die Erwägungen der Gemeinde für deren diskriminierungsfreie Sachentscheidung erhalten.

Satz 2 entspricht § 46 Absatz 3 Satz 6 der bisherigen Fassung. Aus Transparenzgründen ist es jedoch geboten, eine Veröffentlichung des neu abgeschlossenen Konzessionsvertrages auch dann vorzunehmen, wenn der Vertragspartner der einzige Bewerber war.

§ 46 Absatz 6:

Entspricht § 46 Absatz 4 der bisherigen Fassung und enthält durch die Erweiterung auf die Sätze 2 bis 5 eine notwendige Folgeänderung.

§ 46 Absatz 7:

Entspricht § 46 Absatz 5 der bisherigen Fassung.

§ 46a:

Die Sätze 1 und 3 wurden hierher von § 46 Absatz 2 Satz 4 und 5 EnWG verschoben.

Mit dem neuen Satz 2 wird der gesetzliche Informationsanspruch der Gemeinde konkretisiert. Dieser ist bereits nach derzeitiger Rechtslage als Nebenpflicht aus dem Wegenutzungsvertrag ableitbar, dennoch hat die Praxis zuletzt gezeigt, dass eine gesetzliche Klarstellung im Hinblick auf den Zeitpunkt und den Umfang des Informationsanspruchs der Gemeinde notwendig ist, um auch in diesem Bereich Rechtssicherheit zu schaffen. Um das Ausschreibungsverfahren transparent und diskriminierungsfrei durchführen zu können, müssen der Gemeinde Daten zur wirtschaftlichen und technischen Situation des Netzes durch den aktuellen Netzbetreiber zur Verfügung gestellt werden. Diese Daten bilden eine wesentliche Grundlage für die Entscheidung möglicher Bewerber, am Verfahren teilzunehmen, da erst hierdurch eine Bewertung des Netzes ermöglicht wird. Zu diesem Zweck sind vor dem Hintergrund des Systems der Anreizregulierung insbesondere die historischen Anschaffungs- und Herstellungskosten gemäß § 255 HGB, das Jahr der Aktivierung sowie die betriebsgewöhnliche Nutzungsdauer der Verteilungsanlagen von Bedeutung. Diese Daten sind nun verpflichtend zur Verfügung zu stellen. Diese Vorgabe ist nicht abschließend („insbesondere“); sämtliche im Einzelfall zur Verfügung stehenden Daten sind herauszugeben. Der gemeinsame Leitfaden von Bundeskartellamt und Bundesnetzagentur zur Vergabe von Wegerechten für Strom- und Gasnetze vom 15. Dezember 2010, zuletzt überarbeitet mit Fassung vom 21. Mai 2015, nennt hier praxisrelevante Beispiele.

§ 47

Fehler im Verfahren nach § 46 EnWG können die Gesamtnichtigkeit des neu abgeschlossenen Wegenutzungsvertrages sowie das Erfordernis einer Verfahrenswiederholung zur Folge haben. Dies führt zu einer erheblichen Rechtsunsicherheit für die Gemeinde und den neuen Wegenutzungsberechtigten und hindert die Fortführung des Netzbetriebs und möglicherweise die Durchführung zwingend erforderlicher Netzausbaumaßnahmen. Dies gilt insbesondere dann, wenn Verfahrensfehler auch noch Jahre nach dem Neuabschluss eines Wegenutzungsvertrages geltend gemacht werden können. Mit dem neuen § 47 EnWG wird nun zur Stärkung von Rechtssicherheit und Vertrauensschutz eine Präklusionsvorschrift im Gesetz verankert.

Durch eine Pflicht der beteiligten Unternehmen, auch im laufenden Verfahren aktiv auf die Vermeidung und Ausräumung von Rechtsfehlern hinzuwirken, erhöhen sich die Qualität und die Rechtssicherheit von Verfahren nach § 46 EnWG zum Vorteil aller Beteiligten. Sowohl die Gemeinde als auch ein neuer Netzbetreiber profitieren von einer zügig eintretenden Rechtssicherheit. Auch die Gerichte werden entlastet, da sie nicht erst am Ende eines Verfahrens nach § 46 EnWG das gesamte Verfahren aufarbeiten müssen, sondern sich auf die rechtzeitig gerügten Streitpunkte konzentrieren können.

§ 47 Absatz 1:

Absatz 1 trifft die Grundaussage, dass die Geltendmachung von Rechtsverletzungen im Rahmen des Verfahrens nach § 46 EnWG präkludiert werden kann, wenn nicht rechtzeitig eine Rüge gegenüber der Gemeinde angestrengt wird.

§ 47 Absatz 2:

Absatz 2 sieht zeitlich abgestufte Rügeobliegenheiten vor. Satz 2 betrifft hierbei den Zeitraum vor Angebotsabgabe. Wesentliche Tatsachen, die eine Rüge begründen können, ergeben sich hierbei aus den Inhalten der Bekanntmachungen der Gemeinde nach § 46 Absatz 3 sowie der Mitteilung aus § 46 Absatz 4 Satz 4. Daher sind bis zum Ablauf der Interessensbekundungsfrist alle Rechtsverstöße, die aus den Bekanntmachungen der Gemeinde erkennbar sind, zu rügen. Verstöße im Rahmen der Ausstellung und Gewichtung von Kriterien sind innerhalb von 15 Kalendertagen ab Zugang der entsprechenden Mitteilung nach § 46 Absatz 4 Satz 4 zu rügen. Werden bis Ablauf der jeweiligen Fristen keine Rechtsverstöße im Rahmen der Veröffentlichung oder der allgemeinen Aufstellung und Gewichtung von Auswahlkriterien geltend gemacht, so sind die beteiligten Unternehmen mit entsprechenden Einwänden präkludiert. Dies dient der Rechtssicherheit auf einer ersten zeitlichen Stufe.

Auf einer zweiten zeitlichen Stufe sind Rechtsverletzungen im Rahmen der konkreten Auswahlentscheidung zu rügen. Anknüpfungspunkt für Fristbeginn und Erkennbarkeit ist hierbei die nach § 46 Absatz 5 Satz 1 zu versendende Information. Dies setzt der Gemeinde einen Anreiz, bei der Bereitstellung dieser Informationen besonders sorgfältig zu handeln. Die Frist von 30 Kalendertagen sollte hierbei für das unterlegene Unternehmen ausreichend

sein, um eine Rüge – gegebenenfalls unter Akteneinsichtnahme nach Absatz 3 – vorzubereiten und zu begründen. Eine Frist von 30 Kalendertagen ist anderseits auch erforderlich, um dem mit der Vorschrift verfolgten Beschleunigungsgedanken auch im Hinblick auf die Rechtssicherheit der konkreten Auswahlentscheidung Geltung zu verschaffen.

§ 47 Absatz 3:

Eine Rügeobliegenheit in Bezug auf die von der Gemeinde getroffene Auswahlentscheidung setzt voraus, dass dem unterlegenen Bewerber zügig Informationen über sämtliche Tatsachen zugänglich gemacht werden, die eine Verletzung in seinen Rechten begründen könnten. Daher enthält Absatz 3 ein entsprechendes Recht auf Akteneinsicht. Die Akteneinsicht kann hierbei auch in elektronischer Form gewährt werden. Dem Rechtsgedanken aus § 111 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen folgend ist jedoch das Recht der Beteiligten auf Wahrung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen zu beachten. Die Gemeinde kann von den beteiligten Unternehmen im Rahmen der Übermittlung von Dokumenten einen entsprechenden Hinweis bzw. die Kenntlichmachung solcher Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse fordern.

Die Antragsfrist von einer Woche dient wiederum der Beschleunigung des Verfahrens.

§ 47 Absatz 4:

Absatz 4 fordert von der Gemeinde bei Nicht-Abhilfe der Rüge eine Begründung und somit eine Auseinandersetzung mit sämtlichen gerügten Rechtsverstößen. Dies kann bereits in einem frühen Stadium zu einer Klärung strittiger Fragen führen. Die Gemeinde hat es hierbei selbst in der Hand, den Zeitpunkt der Mitteilung zu wählen und somit den Beginn der sich hieran anschließenden Frist nach Absatz 5 Satz 1 zu steuern. So kann sie beispielsweise im Rahmen der Mitteilung der Auswahlkriterien erst zuwarten, ob mehrere Unternehmen eine entsprechende Rüge erheben, um dann über eine (Nicht-)Abhilfe zu entscheiden.

§ 47 Absatz 5:

Die in Absatz 5 Satz 1 vorgesehene Präklusionswirkung stellt die letzte Stufe des Präklusionsregimes des neuen § 47 EnWG dar. Innerhalb dieser Frist ist bei Nicht-Abhilfe einer Rüge vor den ordentlichen Gerichten eine einstweilige Verfügung zu beantragen, um entweder die Fortsetzung des Auswahlverfahrens oder einen bereits drohenden Vertragsschluss nach § 46 Absatz 2 EnWG zu verhindern, bevor nicht die konkret gerügte rechtswidrige Verfahrenshandlung aufgehoben und durch eine rechtmäßige Verfahrenshandlung ersetzt wurde. Ausschließlich zuständig ist gemäß § 102 Absatz 1 EnWG das Landgericht in Zivilsachen.

Satz 2 stellt klar, dass für das Verfahren die Vorschriften der Zivilprozessordnung über den Erlass einer einstweiligen Verfügung gelten (Buch 8, Abschnitt 5). Nach Satz 3 braucht jedoch ein Verfügungsgrund in der Form einer Rechtsgefährdung nicht geltend gemacht zu werden, weil sich dieser bereits aus der drohenden Präklusion ergibt.

§ 47 Absatz 6:

Die Vertragssperre in Absatz 6 soll den jeweils betroffenen Bewerbern ausreichend Zeit gewähren, um eine Rüge vorbereiten und begründen zu können. Diese Sperre bedeutet zugleich, dass ein Vertragsschluss nicht zulässig ist, solange von den am Verfahren Beteiligten noch Rügen erhoben werden können bzw. nicht allen erhobenen Rügen abgeholfen wurde.

Zu Nummer 3 (§ 48 Absatz 4)

In der Praxis kamen Gemeinden zuletzt vielfach durch zeitliche Verzögerungen bei der Netzübernahme in die Situation, dass die Jahresfrist zur Fortzahlung der Konzessionsabgabe überschritten wurde. Durch eine Fortzahlungspflicht über diese Jahresfrist hinaus wird insoweit mehr Rechtssicherheit im Interesse der Gemeinde geschaffen. Die Gemeinde ist allerdings insoweit nicht schützenswert, wenn sie es unterlassen hat, ein Verfahren nach § 46 Absatz 3 bis 5 EnWG zu initiieren und zügig voranzutreiben. Daher erfolgt in Satz 2 eine sachgerechte Einschränkung der Fortzahlungspflicht.

Zu Artikel 2

Artikel 2 bestimmt das In-Kraft-Treten. Für eine Rückwirkung oder ein späteres In-Kraft-Treten als dem Folgetag der Verkündung besteht kein Bedürfnis.

Anlage 2

Stellungnahme des Bundesrates

Der Bundesrat hat in seiner 943. Sitzung am 18. März 2016 beschlossen, zu dem Gesetzentwurf gemäß Artikel 76 Absatz 2 des Grundgesetzes wie folgt Stellung zu nehmen:

1. Zum Gesetzentwurf allgemein

   a) Eine sichere und effiziente Versorgung mit leitungsgebundener Energie gehört zu den Grundvoraussetzungen des Lebens in der modernen Gesellschaft und stellt auch einen unverzichtbaren Produktionsfaktor für die Wirtschaft dar. Dabei stellt insbesondere die wünschenswerte und notwendige Umstellung der Energiewirtschaft auf erneuerbare Energiequellen neue Anforderungen an die örtlichen Verteilernetze. Denn sie müssen zunehmend Schwankungen in der Stromerzeugung einschließlich der damit verbundenen Netzbelastungen verkraften. Die herkömmlich betriebenen Energienetze müssen zukünftig „intelligent“ betrieben, die einzelnen Energienetze spartenübergreifend kombiniert und die Umwandlung (z. B. „Power-to-Heat“ und „Power-to-Gas“) und Speicherung von Energien ermöglicht werden. Um diesen Anforderungen gerecht zu werden, sind neue Konzepte zu entwickeln und erhebliche Investitionen in den Ausbau und die Modernisierung der Energieverteilnetze erforderlich. Diese Investitionsentscheidungen, die Rechtsklarheit und -sicherheit voraussetzen, sind jetzt – noch in dieser Dekade – zu treffen, zumal in sehr vielen Gemeinden die Konzessionen für die Energienetze abgelaufen und neu zu vergeben sind.

      Vor diesem Hintergrund ist es auch für die Energiewende fatal, dass derzeit eine rechtssichere Vergabe von Konzessionen kaum möglich ist; vielmehr gibt es bei der Vergabe von Wegerechten durch die Gemeinden („Konzessionsvergabe“) erhebliche Rechtsunsicherheiten. Deshalb begrüßt der Bundesrat, dass die Bundesregierung insbesondere bei der Ermittlung des Netzkaufpreises und durch die Regelung von Rügeobliegenheiten Verbesserungen vorsieht.

   b) Die Bundesregierung stellt zutreffend dar, dass europäisches Recht der vielerorts politisch gewünschten Rekommunalisierung nicht entgegensteht. Die Grundsatzentscheidung, ob im Bereich der Wegenutzungsverträge für Strom und Gas sachliche Gründe bestehen, die eine privilegierte Berücksichtigung von kommunalen Interessen beim Rückerwerb des Netzbetriebes zulassen oder nicht, wird vielmehr vom deutschen Gesetzgeber autonom getroffen.

2. Zu Artikel 1 Nummer 2 (§ 46 EnWG)

   Die Pflicht zur Übertragung des Eigentums am Netz betrifft derzeit unmittelbar nur den bisherigen Altkonzessionär. Zwar fallen üblicherweise „Konzession“ und Netzeigentum zusammen, aber es ist nicht ausgeschlossen, dass Dritte Eigentümer von Anlagen sind, die Teil des Netzes der allgemeinen Versorgung sind. Dieses Eigentum kann dem Dritten sowohl durch den bisherigen Nutzungsberechtigten verschafft worden sein (beispielsweise auch durch konzerninterne Gestaltungen), es sind aber auch andere Konstellationen denkbar. Es könnte daran gedacht werden, die zivilrechtliche Verfügungsmöglichkeit des Konzessionärs zu beschränken, beispielsweise durch Zustimmungserfordernisse der Gemeinde mit dem Ziel, die Erfüllung der Pflichten aus § 46 Absatz 2 Satz 2 EnWG bei Änderung des Nutzungsberechtigten sicherzustellen. Es könnte aber auch daran gedacht werden, die Pflicht zur Eigentumsverschaffung vom bisherigen Nutzungsberechtigten auf sämtliche Eigentümer auszuweiten. Der Bundesrat bittet daher, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, wie der neue Nutzungsberechtigte Eigentum an allen für den Netzbetrieb erforderlichen Anlagen erlangen kann, auch wenn nicht der bisherige Nutzungsberechtigte Eigentümer ist.

3. Zu Artikel 1 Nummer 2 (§ 46 Absatz 2 Satz 2,
Absatz 3 Satz 3 und
Absatz 5 Satz 2 EnWG)

In Artikel 1 Nummer 2 ist § 46 wie folgt zu ändern:

a) In Absatz 2 Satz 2 sind die Wörter „Werden solche Verträge nach ihrem Ablauf nicht verlängert“ durch die Wörter „Wenn nach Beendigung solcher Verträge die Auswahlentscheidung auf ein anderes Energieversorgungsunternehmen fällt“ zu ersetzen.

b) In Absatz 3 Satz 3 sind die Wörter „eine Verlängerung“ durch die Wörter „eine Beendigung“ zu ersetzen.

c) In Absatz 5 Satz 2 sind die Wörter „oder Verlängerung“ zu streichen.

Begründung:

Der Vorschlag hat zum Ziel, den Begriff der „Verlängerung“ im Zusammenhang mit dem Neuabschluss von Konzessionsverträgen nicht zu verwenden.

In § 46 Absatz 2 Satz 2 EnWG ist geregelt, dass, wenn Verträge nach ihrem Ablauf nicht „verlängert“ werden, der bisherige Nutzungsberechtigte zur Übereignung der Netze an das neue Energieversorgungsunternehmen verpflichtet ist. Die Sätze 1 bis 3 sind im Rahmen des Gesetzentwurfs nicht geändert worden und stellen den ursprünglichen Gesetzeswortlaut dar. Dennoch sollte eine andere Formulierung gewählt werden, da der Begriff der „Verlängerung“ hier missverständlich ist. Es hat in jedem Fall nach Beendigung des Konzessionsvertrages ein neues Auswahlverfahren stattzufinden. Sowohl der Ablauf der Vertragslaufzeit des ursprünglichen Konzessionsvertrags als auch die vorzeitige Beendigung des Konzessionsvertrages (§ 46 Absatz 3 Satz 3) führen zur Beendigung. Auch wenn das vorherige Energieversorgungsunternehmen in dem Auswahlverfahren erneut ausgewählt wird und künftig weiterhin die Netze betreibt, wird ein neuer Konzessionsvertrag geschlossen und nicht ein Konzessionsvertrag „verlängert“.

§ 46 Absatz 3 Satz 3 entspricht ebenfalls im Wesentlichen dem ursprünglichen Gesetzestext. Wie in § 46 Absatz 2 Satz 2 soll auch hier der Begriff der „Verlängerung von Verträgen“ nicht mehr verwendet werden.

In § 46 Absatz 5 Satz 2 ist erneut der Begriff „Verlängerung von Verträgen“ verwendet worden. Die Begriffe „oder Verlängerung“ sollten gestrichen werden, da in jedem Fall ein neuer Konzessionsvertrag abzuschließen ist.

4. Zu Artikel 1 Nummer 2 (§ 46 Absatz 4 Satz 1 EnWG)

In Artikel 1 Nummer 2 ist in § 46 Absatz 4 Satz 1 das Wort „Zielen“ durch das Wort „Zwecken“ zu ersetzen.

Begründung:

Es handelt sich um eine redaktionelle Folgeänderung. In § 1 EnWG soll künftig ausdrücklich zwischen den Zwecken und den Zielen des EnWG differenziert werden. Der mit dem vorliegenden Gesetzentwurf in § 46 Absatz 4 Satz 1 EnWG in Bezug genommene § 1 Absatz 1 EnWG spricht von „Zweck des Gesetzes“ und nicht von dessen Zielen (vgl. auch Artikel 1 Nummer 30 des Entwurfs des Strommarktgesetzes, BT-Drucksache 18/7317).

5. Zu Artikel 1 Nummer 2 (§ 46 Absatz 4 Satz 2 EnWG)

In Artikel 1 Nummer 2 ist § 46 Absatz 4 Satz 2 wie folgt zu fassen:

„Unter Wahrung dieser Zwecke können auch Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft berücksichtigt werden.“

Begründung:

Die zurzeit im Gesetzentwurf enthaltene Formulierung in § 46 Absatz 4 Satz 2 wirft durch die hervorgehobene Aufzählung zweier Ziele „Versorgungssicherheit“ und „Kosteneffizienz“ zulasten der durch die Rechtsprechung des BGH geschaffenen Rechtssicherheit zusätzliche, neue Rechtsfragen auf. Unklar ist u. a., ob und inwieweit das Ziel der „Kosteneffizienz“ damit – vergleichbar dem vom Bundesgerichtshof hervorgehobenen „überragenden Ziel(s) der Netzsicherheit“ – gegenüber den übrigen Zielen des § 1 EnWG in der Bedeutung für die Auswahlentscheidung einen besonderen Rang erhalten soll. Die Hervorhebung eines einzelnen Unteraspekts eines der fünf Ziele des EnWG ist rechtsdogmatisch mehrdeutig und wird in der Rechtspraxis die Aspekte, bei denen der Bundesgerichtshof mit seinen Entscheidungen für ein Mindestmaß an Rechtssicherheit gesorgt hat, neuem Rechtsstreit zugänglich machen.

Die Änderung stellt darüber hinaus sicher, dass eine Kommune, die beispielsweise hohen Wert auf niedrige Netzentgelte für die Netzkunden im jeweiligen Konzessionsgebiet legt, diesem Ziel (Preisgünstigkeit) weiterhin eine entsprechend hohe Gewichtung zukommen lassen darf. Die aktuelle Formulierung im Entwurfstext verringert die Rechtssicherheit, engt den Spielraum der Kommunen bei der Festlegung, Gewichtung und Bewertung der Auswahlkriterien entsprechend den jeweiligen örtlichen Verhältnissen noch weitgehender als der Bundesgerichtshof ein und bewirkt insbesondere, dass die durch die örtlichen Netzkunden zu entrichtenden Netzentgelte bei der Auswahlentscheidung marginalisiert werden.

6. Zu Artikel 1 Nummer 2 (§ 46 Absatz 4 Satz 3 EnWG)

In Artikel 1 Nummer 2 sind in § 46 Absatz 4 Satz 3 nach den Wörtern „Bei der“ das Wort „Auswahl,“ und nach dem Wort „Gewichtung“ die Wörter „und Bewertung“ einzufügen.

Begründung:

Der Spielraum der Gemeinde besteht nicht nur bei der Gewichtung, sondern auch bei der Auswahl der Kriterien. So können zu einzelnen Kriterien je nach den Anforderungen des Konzessionsgebietes unterschiedliche konkrete Unterkriterien gewählt werden. Zudem sind die Kriterien zu kommunalen Belangen oder bestimmten konzessionsvertraglichen Regelungen nicht zwingend. Bei der Bewertung besteht ein Beurteilungsspielraum. Die unvollständige Nennung führt zu Rechtsunsicherheit.

7. Zu Artikel 1 Nummer 2 (§ 46 Absatz 6 EnWG)

In Artikel 1 Nummer 2 ist § 46 Absatz 6 wie folgt zu fassen:

„(6) Die Absätze 2 bis 5 finden für Unternehmen der Gemeinden ohne eigene Rechtsfähigkeit entsprechende Anwendung.“

Begründung:

Das Landgericht Berlin hat in seinem Urteil vom 9. Dezember 2014 – 16 O 224/14 – ausgeführt, ein Landesbetrieb nach einer Landeshaushaltsordnung sei nicht identisch mit einem Eigenbetrieb im Sinne des § 46 Absatz 4 (geltende Fassung) und könne daher nicht Bewerber in einem Konzessionierungsverfahren sein. Auch in der Kommentarliteratur finden sich insoweit eher zurückhaltende Äußerungen („Nach dem Telos der Norm wird man eine Anwendung auch auf andere rechtlich unselbständige Unternehmensformen annehmen können.“ Hellermann in Britz/Hellermann/Hermes, EnWG, 3. Aufl., § 46, Anm. 87).

Daher ist eine Klarstellung, dass neben den Eigenbetrieben der Kommunen im engeren Sinne auch andere nichtrechtsfähige Organisationsformen der Gemeinden, z. B. Regiebetriebe oder bei den Stadtstaaten Betriebe nach Landeshaushaltsordnung, bieterfähig sind, erforderlich.

8. Zu Artikel 1 Nummer 2 (§ 46a Satz 1 EnWG)

In Artikel 1 Nummer 2 sind in § 46a Satz 1 nach dem Wort „Nutzungsberechtigte“ die Wörter „und der Eigentümer“ einzufügen und ist das Wort „ist“ durch das Wort „sind“ zu ersetzen.

Begründung:

Wenn der Altkonzessionär nicht Eigentümer der zu übereignenden Verteilungsanlagen ist, sind ihm wahrscheinlich die aufgeführten Daten (Anschaffungs- und Herstellungskosten gemäß § 255 HGB, Jahr der Aktivierung, betriebsgewöhnliche Nutzungsdauer, kalkulatorische Restwerte laut Bescheiden der Regulierungsbehörden) nicht bekannt. Dann würde der Auskunftsanspruch insoweit ins Leere laufen.

9. Zu Artikel 1 Nummer 2 (§ 47 Absatz 3 Satz 3 EnWG)

In Artikel 1 Nummer 2 sind in § 47 Absatz 3 Satz 3 nach den Wörtern „Betriebs- oder Geschäftsgeheimnissen“ die Wörter „oder des Geheimwettbewerbs“ einzufügen.

Begründung:

Die vorgeschlagene Ergänzung ermöglicht, die Akteneinsicht in die Angebote auch dann zu verweigern, wenn diese, wie etwa Angebote in Form von Konzepten, keine Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse enthalten. Hierdurch wird gewährleistet, dass das Verfahren zur Vergabe der Wegerechte erforderlichenfalls auf den Stand vor Abgabe der finalen Angebote zurückgesetzt werden kann. Eine Einsichtnahme in die Angebote der Mitbewerber würde den Wettbewerb bei der Abgabe neuer finaler Angebote verfälschen. Ohne eine entsprechende Ergänzung müsste das wettbewerbliche Verfahren mithin immer mit der Abgabe neuer indikativer Angebote beginnen.

10. Zu Artikel 1 Nummer 2 (§ 47 Absatz 3 Satz 4 – neu – EnWG)

In Artikel 1 Nummer 2 ist dem § 47 Absatz 3 folgender Satz anzufügen:

„§ 111 Absatz 3 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen in der Fassung der Bekanntmachung vom 26. Juni 2013 (BGBl. I S. 1750, 3245), das zuletzt durch Artikel 258 der Verordnung vom 31. August 2015 (BGBl. I S. 1474) geändert worden ist, gilt in der jeweils geltenden Fassung entsprechend.“

Begründung:

Hiermit wird erreicht, den bisher in der Begründung vorgesehenen Verweis auf § 111 Absatz 3 GWB, wonach jeder Beteiligte auf seine Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse hinzuweisen und diese kenntlich zu machen hat, als gesetzliche Regelung vorzusehen.

Die Ablehnung der Akteneinsicht zur Wahrung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen ist sehr weit gefasst und kann auch zu Konkurrenzen mit den Informationsfreiheitsgesetzen des Bundes und der Länder führen. Nach § 6 des IFG des Bundes darf der Zugang zu Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen nur gewährt werden, wenn der Betroffene einwilligt. § 8 des IFG NRW stellt die Ablehnung unter den Vorbehalt, dass bei der Offenbarung der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse ein wirtschaftlicher Schaden entstehen könnte. Die Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte ist eher transparenzfreundlich, so dass möglicherweise die Zivilgerichte die Einsicht nach dem EnWG verweigern, die Verwaltungsgerichte dem Anspruch nach dem IFG jedoch stattgeben könnten. Auch der BGH hat in seinem Beschluss vom 14.07.2015 KVR 55/14 zugunsten des Antragstellers für einen Anspruch auf pflichtgemäße Ermessensausübung der Behörde entschieden.

Ein zusätzlicher Aufwand der Kommunen – die Unterlagen auf Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse zu durchsuchen, darüber zu entscheiden sowie die Unterlagen schwärzen zu müssen – sollte vermieden werden.

Darüber hinaus kann damit auch vermieden werden, dass die Kommunen bei ungerechtfertigter Offenbarung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen infolge von Fehleinschätzungen schadensersatzpflichtig werden.

Deshalb wird – wie im Vergaberecht bereits vorgesehen – vorgeschlagen, die Bewerber vorher bestimmen zu lassen, welche Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse nicht herausgegeben werden dürfen (siehe auch § 111 Absatz 3 GWB). Dieser Verweis findet sich zwar in der Begründung, müsste jedoch im Gesetz geregelt werden, damit die Kommunen diesen Anspruch auch rechtssicher durchsetzen können.

11. Zu Artikel 1 Nummer 2 (§ 47 Absatz 4 Satz 2 – neu – EnWG)

    In Artikel 1 Nummer 2 ist dem § 47 Absatz 4 folgender Satz anzufügen:

    „Die Gemeinde darf die rügenden Unternehmen über die Nichtabhilfe der Rügen nach den Absätzen 1 und 2 auch nach Durchführung des Verfahrens nach § 46 Absatz 3 bis 5, spätestens jedoch mit der Information nach § 46 Absatz 5, informieren."

    Begründung:

    Mit der Nichtabhilfeentscheidung nach Satz 1 wird die Frist des Absatzes 5 Satz 1, einstweiligen Rechtsschutz zu suchen, ausgelöst. Um zu verhindern, dass das Verfahren laufend durch gerichtlichen Rechtsschutz durch alle Instanzen verzögert wird, kann die Gemeinde auch über alle Nichtabhilfeentscheidungen gebündelt nach Durchführung des Verfahrens informieren. Diese bereits nach jetziger Rechtslage bestehende Möglichkeit soll hiermit klargestellt werden.

    Diese Information muss aber spätestens mit der Mitteilung über die Ablehnung der Angebote erfolgen.

12. Zu Artikel 1 Nummer 2 (§ 47 Absatz 5 Satz 1 EnWG)

    In Artikel 1 Nummer 2 sind in § 47 Absatz 5 Satz 1 die Wörter „nach Absatz 4" durch die Wörter „nach § 46 Absatz 5 Satz 1" zu ersetzen.

    Begründung:

    Hier ist eine Präzisierung des gerichtlichen Rechtsschutzes notwendig, um tatsächlich einen Beschleunigungseffekt für das Verfahren zur Vergabe von Wegenutzungsrechten zu erzielen. Im jetzigen Entwurf sind bei diversen Verfahrensschritten (Bekanntmachung, Auswertungskriterien und deren Gewichtung etc.) Rügepflichten gegenüber den Kommunen vorgesehen, die bei Nichtabhilfe der Gemeinde durch einstweiligen Rechtsschutz vor den Zivilgerichten fortgesetzt werden können. Dies führt unter Umständen dazu, dass sich jeder Verfahrensschritt hinauszögert, bis die jeweilige Rüge durch alle Instanzen gegangen ist. Um dies zu verhindern und gleichzeitig dem Rechtsschutzgedanken des Artikel 19 Absatz 4 GG hinreichend Rechnung zu tragen, sollte sich der gerichtliche Rechtsschutz auf das Ende des Verfahrens konzentrieren. Auf diese Weise können alle Rügen eines unterlegenen Bewerbers in einem gerichtlichen Verfahren gebündelt werden, ohne dass das Verfahren über die Neuvergabe der Wegenutzungsrechte selbst laufend verzögert wird. Auf diese Weise ist auch dem Konzentrationsgedanken Rechnung getragen, indem der gerichtliche Rechtsschutz gegen nichtabgeholfene Rügen auf den Zeitraum nach Bekanntgabe der Entscheidung über die Neukonzessionierung verlagert wird.

    Davon unberührt bleibt die Rügepflicht gegen die einzelnen Verfahrenshandlungen. Diese müssen innerhalb der vorgesehenen Fristen gegenüber der Kommune erhoben werden, sonst ist der Beschwerdeführer damit nach Ende des Verfahrens präkludiert.

13. Zu Artikel 1 Nummer 2 (§ 47 Absatz 5 Satz 1 EnWG)

    In Artikel 1 Nummer 2 sind in § 47 Absatz 5 Satz 1 die Wörter „den ordentlichen Gerichten" durch die Wörter „dem jeweils zuständigen Gericht" zu ersetzen.

    Folgeänderung:

    In Artikel 1 Nummer 2 ist § 47 Absatz 5 Satz 2 wie folgt zu fassen:

    „Es gelten jeweils die Vorschriften der Zivilprozessordnung über das Verfahren auf Erlass einer einstweiligen Verfügung oder der Verwaltungsgerichtsordnung über das Verfahren auf Erlass einer einstweiligen Anordnung."

Begründung:

Der Gesetzentwurf geht ausweislich der Begründung, in der auf § 102 EnWG verwiesen wird, davon aus, dass es sich in jedem Fall um bürgerliche Rechtsstreitigkeiten handelt. Dies ist aber nicht zwingend. Jedenfalls in Hamburg und Berlin werden die Rechte zur Wegenutzung für Strom- und Gasleitungen durch den Abschluss öffentlich-rechtlicher Verträge eingeräumt (s. BerlKommEnR/ Wegener, Berlin 2014, 3. Aufl., Rz. 45 (Fußn. 71) zu § 46). Daher sind auch die dem Vertragsschluss vorausgehenden Verfahren öffentlich-rechtlicher Natur. Streitigkeiten über angebliche Verfahrensfehler sollten daher wie die Streitigkeiten über die entsprechenden Verträge vor der Verwaltungsgerichtsbarkeit ausgetragen werden können. Hierdurch wird auch vermieden, dass in einem Land verschiedene Gerichtszweige mit einer vergleichbaren Thematik befasst werden.

Als Folge der Erweiterung in Absatz 5 Satz 1 wird in Satz 2 auch die Verwaltungsgerichtsbarkeit genannt.

14. Zu Artikel 1 Nummer 2 (§ 47 Absatz 6 EnWG)

Der Bundesrat bittet im weiteren Gesetzgebungsverfahren die Regelung zur Vertragssperre in § 47 Absatz 6 EnWG-E zu präzisieren: Zur Vermeidung von Rechtsunsicherheiten sollte klargestellt werden, ob ein Vertrag nach § 46 Absatz 2 EnWG-E bereits nach bloßem Ablauf der Fristen nach § 47 Absatz 2 Satz 3 und Absatz 5 Satz 1 EnWG-E geschlossen werden darf oder ob im Fall eines fristgemäß eingeleiteten Verfahrens vor den ordentlichen Gerichten ein Vertragsschluss erst nach Abschluss dieses gerichtlichen Verfahrens zulässig ist.

Begründung:

Nach § 47 Absatz 6 EnWG-E darf ein Konzessionsvertrag erst nach Ablauf der Fristen aus § 47 Absatz 2 Satz 3 und Absatz 5 Satz 1 EnWG-E geschlossen werden.

Nach dieser Formulierung wäre ein Vertragsschluss indes auch dann nicht ausgeschlossen, wenn die Fristen zwar verstrichen sind, jedoch ein an der Konzession interessiertes Unternehmen fristgemäß ein Verfahren vor den ordentlichen Gerichten eingeleitet hat. Wie sich aus der Einzelbegründung zu § 47 Absatz 5 EnWG-E ergibt (Seite 22), soll die Vertragssperre in § 47 Absatz 6 EnWG-E jedoch einen Vertragsschluss verhindern, „solange von den am Verfahren Beteiligten noch Rügen erhoben werden können beziehungsweise nicht allen erhobenen Rügen abgeholfen wurde“. Zudem soll das Verfahren vor den ordentlichen Gerichten ein Mittel sein, um „einen bereits drohenden Vertragsschluss nach § 46 Absatz 2 EnWG zu verhindern“.

Die Gesetzesbegründung legt demzufolge den Schluss nahe, dass ein Vertragsschluss im Fall eines gerichtlichen Verfahrens erst nach Abschluss dieses Verfahrens zulässig sein soll. Da sich dieses Verständnis im Wortlaut des § 47 Absatz 6 EnWG-E nur unzureichend wiederfindet, sollte insoweit zur Vermeidung von Rechtsunsicherheiten eine Klarstellung im Gesetzeswortlaut erfolgen.

15. Zu Artikel 1 Nummer 2 (§ 47 Absatz 7 – neu – EnWG)

In Artikel 1 Nummer 2 ist dem § 47 folgender Absatz 7 anzufügen:

„(7) Die Absätze 1 bis 6 finden entsprechende Anwendung auf bisherige Nutzungsberechtigte oder Eigentümer. Absatz 2 Satz 2 und 3 ist entsprechend anwendbar, wenn dem bisherigen Nutzungsberechtigten oder Eigentümer die entsprechende Mitteilung zuging. Der Nutzungsberechtigte oder Eigentümer kann die Übereignung nach § 46 Absatz 2 Satz 2 mit Verweis auf Mängel des Konzessionsverfahrens nur verweigern, wenn er sie rechtzeitig gerügt hat.“

Begründung:

Es fehlt eine Rügeobliegenheit des bisherigen Eigentümers des Netzes, der nicht selbst als Bewerber am Konzessionsverfahren beteiligt ist. Es sind oft die mit den Altkonzessionären und einem Bewerber gesellschaftsrechtlich verbundenen oder am Konzessionsverfahren auch indirekt nicht beteiligten Netzeigentümer, die die Übertragung der Netze an den Neukonzessionär mit Verweis auf die vermeintliche Nichtigkeit der

Konzessionsverträge verweigern. Gegenüber diesen läuft die Einführung einer Rügeobliegenheit der Bewerber ins Leere. Mit diesen Eigentümern müsste der Neukonzessionär unter Umständen langjährige und kostenintensive Prozesse über das Bestehen des Übereignungsanspruchs aus § 46 Absatz 2 Satz 2 EnWG führen. In dem hierdurch verursachten Schwebezustand ist ein geordneter Netzbetrieb unter klaren und sicheren Investitionsbedingungen unmöglich.

16. Zu Artikel 1 Nummer 3 (§ 48 Absatz 4 Satz 3 – neu – EnWG)

In Artikel 1 Nummer 3 ist dem § 48 Absatz 4 folgender Satz anzufügen:

„Der Übertragung der Verteilungsanlagen nach Satz 1 steht das Wirksamwerden eines Wegenutzungsvertrages mit dem bisher Nutzungsberechtigten gleich.“

Begründung:

Wenn der Altkonzessionär als Sieger aus dem Verfahren hervorgeht, findet keine Übertragung der Verteilungsanlagen statt. Gleichwohl kann zwischen Auslaufen des alten und Abschluss des neuen Wegenutzungsvertrages eine längere Zeitspanne liegen. Zur Klarstellung, dass auch in dieser Konstellation ein gesetzlicher Anspruch der Kommunen auf Weiterzahlung der Konzessionsabgaben besteht, sollte die Vorschrift insoweit ergänzt werden.

17. Zu Artikel 1 Nummer 4 – neu – (§ 118 Absatz 18 – neu – EnWG)

Dem Artikel 1 ist folgende Nummer 4 anzufügen:

‚4. Dem § 118 wird folgender Absatz 18 angefügt:

„(18) § 47 ist auf Verfahren anwendbar, in denen am ... [einsetzen: Datum des Tages des Inkrafttretens des Gesetzes zur Änderung der Vorschriften zur Vergabe von Wegenutzungsrechten zur leitungsgebundenen Energieversorgung] die Auswahlkriterien und deren Gewichtung bereits im Sinne des § 46 Absatz 4 Satz 4 bekannt gegeben wurden. Die Rügefristen beginnen entsprechend zu laufen, wenn die Gemeinde die Unternehmen, Nutzungsberechtigte oder Netzeigentümer nach Inkrafttreten dieses Gesetzes schriftlich auffordert, mögliche Rechtsverletzungen fristgerecht zu rügen. Fristbeginn ist der Zugang des Aufforderungsschreibens der Gemeinde mit Fristsetzung für Rügen.“ ‘

Begründung:

Dem Regierungsentwurf fehlt eine Übergangsregelung für bereits laufende Konzessionsverfahren. Eine Vielzahl von Konzessionsverfahren – unter anderem im Land Berlin – sind bei Inkrafttreten noch nicht beendet oder auf Grund von schwebenden Gerichtsverfahren noch nicht rechtswirksam zum Abschluss gekommen. Auch bei diesen laufenden Konzessionsverfahren besteht ein erhebliches Interesse aller Beteiligten, dass Bewerber, aber auch Netzeigentümer bei vermeintlichen Rechtsverletzungen diese zeitnah rügen und nach Mitteilung der Auswahlentscheidung zeitnah eine gerichtliche Entscheidung herbeiführen. Nach dem Gesetzentwurf gäbe es eine solche Rügeobliegenheit in laufenden Konzessionsverfahren nicht. Denn im Gesetzentwurf besteht die Rügeobliegenheit innerhalb einer Frist, die jeweils mit Versendung bzw. Eingang von Mitteilungen über Vergabebedingungen bzw. Zuschlagskriterien zu laufen beginnt. Diese Fristen sind bei Inkrafttreten der Gesetzesänderung schon verstrichen. Die Gesetzesänderung kann insofern nicht rückwirkend Rügeobliegenheiten in der Vergangenheit begründen. Es bedarf daher einer Übergangsregelung. Diese stellt keine unzulässige Rückwirkung dar, da Rügeobliegenheiten erst nach Inkrafttreten des Gesetzes und erst nach Aufforderung durch die Gemeinde begründet werden und erst in Zukunft Präklusionen nach sich ziehen.

Anlage 3

Gegenäußerung der Bundesregierung

Die Bundesregierung äußert sich zu der Stellungnahme des Bundesrates wie folgt:

I. Zum Gesetzentwurf und zur Stellungnahme des Bundesrates allgemein

Der Gesetzentwurf der Bundesregierung zielt auf mehr Rechtssicherheit bei der Vergabe von Wegenutzungsverträgen zur leitungsgebundenen Energieversorgung. Solche Wegenutzungsverträge werden von den Gemeinden nach einem sondervergaberechtlichen Verfahren mit Energieversorgungsunternehmen abgeschlossen. Gegenstand ist die Nutzung der öffentlichen Verkehrswege für die Verlegung und den Betrieb von Leitungen, die zu einem Energieversorgungsnetz der allgemeinen Versorgung in dem Gemeindegebiet gehören.

Mit dem Gesetzentwurf sollen zum einen die Verfahrensregelungen für die Vergabe solcher Nutzungsrechte im Interesse aller Beteiligten ergänzt und präzisiert werden. Die Rechte und Informationsmöglichkeiten der Gemeinde in diesem Verfahren sollen gestärkt werden. Zugleich soll mit Hilfe von Rügeobliegenheiten dafür gesorgt werden, dass Verfahrensfehler möglichst früh geltend gemacht werden, um zeitnah Rechtssicherheit über mögliche streitige Punkte zu erhalten.

Um die Rolle der kommunalen Interessen zu stärken, wird daneben in den Gesetzeswortlaut ausdrücklich aufgenommen, dass die „Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft“ unter Wahrung netzwirtschaftlicher Anforderungen bei der Unternehmensauswahl berücksichtigt werden können.

Die Bundesregierung begrüßt, dass der Bundesrat die Konzeption des Gesetzentwurfs unterstützt. Sie ist sich mit dem Bundesrat nach seinem Beschluss in dem Ziel einig, ein transparentes wettbewerbliches Verfahren um die Wegenutzungsrechte zu erhalten und die Rechtssicherheit in diesem Verfahren zu erhöhen. Der Bundesrat schlägt in seiner Stellungnahme einige Anpassungen des Gesetzentwurfs vor. Die Vorschläge haben vielfach klarstellenden oder redaktionellen Charakter. Auch sollen nach Auffassung des Bundesrates gewisse Besonderheiten des Landes Berlin, die sich aus dessen Eigenschaft als Stadtstaat ergeben, im Gesetz berücksichtigt werden. Ferner wünscht sich der Bundesrat aus Gründen der Rechtssicherheit die Aufnahme einer Regelung zur erstmaligen Anwendbarkeit der neuen Verfahrensregelungen.

II. Zur Stellungnahme des Bundesrates im Einzelnen

Zu Ziffer 1

Die Bundesregierung teilt die Einschätzung des Bundesrates, dass mit der Energiewende die Anforderungen an den Betrieb der örtlichen Stromverteilernetze steigen werden. Daher wird es auch in Zukunft wichtig sein, dass bei der Vergabe der Wegenutzungsrechte zur leitungsgebundenen Energieversorgung der am besten geeignete Netzbetreiber zum Zug kommt, der gleichzeitig auch die kommunalen Anforderungen am besten zu erfüllen verspricht. Grundlage hierfür ist ein diskriminierungsfreies und transparentes wettbewerbliches Verfahren.

Zu Ziffer 2

Der Bundesrat bittet zu prüfen, wie ein neuer Wegenutzungsberechtigter das Eigentum an allen Anlagen erlangen kann, die für den Netzbetrieb erforderlich sind, falls der bisherige Wegenutzungsberechtigte nicht deren Eigentümer ist. Die Bundesregierung nimmt diese Bitte auf und wird das Anliegen des Bundesrates im weiteren Verfahren prüfen.

Allerdings dürften solche Fälle, in denen das Eigentum an den Netzanlagen und das vertragliche Wegenutzungsrecht auseinanderfallen, bisher in aller Regel nur bei konzerninternen „Pachtmodellen“ aufgetreten sein. Insofern

stellt sich die Frage, ob sich ein vormals Wegenutzungsberechtigter in diesen Fällen tatsächlich darauf berufen kann, dass ihm die Übereignung des Energieversorgungsnetzes und der für den Netzbetrieb erforderlichen Anlagen nicht möglich sei. Zudem ist einem neuen Wegenutzungsberechtigten bereits bei Übernahme des Netzes bekannt, dass er dies bei Auslaufen seines Wegenutzungsvertrages an seinen Nachfolger übereignen können muss. Sofern er sich selbst gegen die Übernahme des Eigentums entscheidet, wird er schuldrechtlich sicherstellen müssen, dass der vormals Wegenutzungsberechtigte, der weiterhin Eigentümer bleibt, ihn von seiner späteren Übereignungspflicht freistellt.

Zu Ziffer 3

Der Bundesrat schlägt vor, in § 46 Absatz 3 Satz 3 EnWG den bisher verwendeten Begriff der „Verlängerung" von Verträgen nicht mehr zu verwenden, da er missverständlich sei. Er schlägt entsprechende Anpassungen im Wortlaut vor. Die Bundesregierung teilt diese Einschätzung allerdings nicht. Der Wortlaut der Regelung stellt in der alten wie neuen Gesetzesfassung auch ohne die vorgeschlagene Änderung klar, dass eine Vertragsverlängerung stets die Beendigung und den Neuabschluss des Wegenutzungsvertrages erfordert.

Zu Ziffer 4

Der Bundesrat schlägt vor, in dem neu geregelten § 46 Absatz 4 Satz 1 EnWG nicht auf die „Ziele", sondern auf die „Zwecke" des Gesetzes abzustellen. Die Bundesregierung teilt diese Auffassung nicht.

Zutreffend ist, dass mit dem Strommarktgesetz, das sich in der parlamentarischen Beratung befindet, die Überschrift des § 1 EnWG geändert und sprachlich künftig zwischen Zwecken und Zielen des Gesetzes unterschieden werden soll. Unabhängig davon ist es aber richtig, in dem vorliegenden Zusammenhang von den „Zielen des § 1 Absatz 1 EnWG" zu sprechen. Zwar spricht § 1 Absatz 1 EnWG vom „Zweck" (Singular) des Gesetzes. Eine Bezugnahme auf diesen „Zweck" könnte aber als eine nicht beabsichtigte inhaltliche Änderung etwa dahingehend verstanden werden, dass nur einzelne Ziele des § 1 Absatz 1 EnWG umzusetzen und einer tatsächlichen Bewertung zuzuführen seien. Eine Änderung der bestehenden Rechtslage im Hinblick auf die Heranziehung der energiewirtschaftlichen Kriterien der bisherigen Fassung des § 1 EnWG für die Vergabe von Wegenutzungsrechten ist jedoch nicht beabsichtigt. Mit der Formulierung „den Zielen des § 1 Absatz 1" wird sichergestellt, dass jedes der Ziele des Gesetzes (sichere, preisgünstige, verbraucherfreundliche, effiziente, umweltverträgliche, zunehmend auf erneuerbaren Energien basierende leitungsgebundene Energieversorgung) eine eigene Bedeutung erlangt, die jeweils entsprechend zu würdigen ist.

Zu Ziffer 5

Der Bundesrat beabsichtigt, die besondere Betonung der Versorgungssicherheit und der Kosteneffizienz in dem neuen § 46 Absatz 4 Satz 2 EnWG zu streichen. Die Bundesregierung lehnt diesen Vorschlag ab.

Die Bundesregierung ist sich mit dem Bundesrat einig, die mögliche Berücksichtigung von Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft in der gesetzlichen Regelung klarzustellen. Diese müssen jedoch die netzwirtschaftlichen Anforderungen aus § 1 Absatz 1 EnWG wahren. Die Bundesregierung hält es in diesem Zusammenhang für wichtig, ausdrücklich zu unterstreichen, dass die herausragende Bedeutung von Versorgungssicherheit und Kosteneffizienz nicht durch die Berücksichtigung der Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft relativiert werden darf. Im Hinblick auf die anstehenden Investitionen in den Netzausbau und die damit verbundenen Auswirkungen auf die von den Stromkunden zu tragenden Netznutzungsentgelte haben diese Ziele für alle Rechtssetzungsvorhaben zur Energiewende grundsätzliche Bedeutung.

Da der neue § 46 Absatz 4 Satz 2 EnWG die ergangene BGH-Rechtsprechung (u. a. Urteile vom 17.12.2013, KZR 65/12 und KZR 66/12) abbilden soll, wird die durch den Bundesgerichtshof geschaffene Rechtssicherheit hierdurch nicht beeinträchtigt. Eine von den Aussagen des Bundesgerichtshofs abweichende Pflicht zur höheren Gewichtung im Vergleich zu anderen Zielen des § 1 Absatz 1 EnWG ist hiermit nicht verbunden.

Zu Ziffer 6

Der Bundesrat schlägt vor, bei der Bestimmung von Anforderungen des jeweiligen Netzgebietes den Spielraum der Gemeinde zu erweitern. Dieser Spielraum soll sich in § 46 Absatz 4 Satz 3 EnWG ausdrücklich nicht nur auf

die Gewichtung, sondern auch auf die „Auswahl“ und „Bewertung“ solcher Kriterien beziehen.

Die Bundesregierung stimmt dem Vorschlag nicht zu. Den Handlungsspielraum der Gemeinde bei der Auswahl von Kriterien regeln Satz 1 und 2 des neu gefassten § 46 Absatz 4 EnWG bereits. Ferner bestehen jenseits der Gebote der Transparenz und der Diskriminierungsfreiheit nach Auffassung der Bundesregierung keine zwingend zu beachtenden Vorgaben an die Methode zur Bewertung der Angebote. Demgemäß erkennt auch die Rechtsprechung einen Entscheidungsspielraum der Gemeinde an, welche Bewertungsmethode sie für geeignet hält und auswählt, solange sie nachvollziehbar und vertretbar ist (OLG Celle, Beschl. v. 17.03.2016, Az. 13 U 141/15; vgl. auch OLG Düsseldorf, Beschl. v. 27.05.2015, Az. VII-Verg 2/15)

Insgesamt ist anzumerken, dass die neue Regelung zur Gewichtung der Kriterien ebenfalls eher klarstellende Funktion hat. Sie unterstreicht, dass es kein pauschales Schema für eine Gewichtung der zulässigen Kriterien gibt, welches deutschlandweit auf alle netzbetrieblichen Verhältnisse anzuwenden ist.

Zu Ziffer 7

Der Bundesrat schlägt vor, die Vorschriften zur Vergabe von Wegenutzungsverträgen auch für Unternehmen der Gemeinden ohne eigene Rechtsfähigkeit entsprechend anzuwenden. Ziel ist, dass auch ein Landesbetrieb nach einer Landeshaushaltsordnung am Verfahren teilnehmen könne. Der Beschluss des Bundesrates bezieht sich ausdrücklich auf einen Berliner Sachverhalt.

Die Bundesregierung wird den Vorschlag prüfen. Zwar wird ein Regelungsbedürfnis nicht unmittelbar gesehen. Die Regelung in § 46 Absatz 6 EnWG n.F. entspricht dem bisherigen § 46 Absatz 4 EnWG, der unter anderem sicherstellt, dass die Regelungen zur Vergabe von Wegenutzungsrechten, die ihrem Wortlaut nach nur für Wegenutzungsverträge gelten, auch dann zur Anwendung kommen, wenn ein Wegenutzungsrecht nicht per Vertrag, sondern – wie bei Eigenbetrieben ohne eigene Rechtspersönlichkeit – per Beschluss oder Satzung vergeben wird (vgl. Hellermann, EnWZ 2014, S. 339, 341). Zahlreiche Netzbetreiber in Deutschland sind als kommunale Eigenbetriebe ohne eigene Rechtspersönlichkeit organisiert. Sie können sich bereits nach der aktuellen Rechtslage um Wegenutzungsrechte bewerben und dürfen dies auch in Zukunft tun. Mit Blick auf die vom Bundesrat in Bezug genommene Rechtsprechung wäre jedoch eine gesetzliche Klarstellung denkbar.

Zu Ziffer 8

Der Bundesrat schlägt vor, klarzustellen, dass der Auskunftsanspruch des § 46a EnWG nicht nur gegenüber dem Nutzungsberechtigten, sondern auch gegenüber dem Eigentümer der zu übereignenden Verteilungsanlagen besteht. Grund für diese Überlegung ist auch hier, dass das Eigentum an den Netzen und das Wegenutzungsrecht im Einzelfall auseinanderfallen können. Die Bundesregierung wird den Vorschlag prüfen.

Zu bedenken ist, dass Partner des Wegenutzungsvertrages die Gemeinde und das wegenutzungsberechtigte Unternehmen sind. Vor diesem Hintergrund ist es konsequent, dass der Auskunftsanspruch der Gemeinde gegenüber diesem Unternehmen besteht. Der Gesetzentwurf der Bundesregierung sieht insoweit keine Änderung des geltenden Gesetzeswortlauts vor. Es ist in der Praxis auch zweifelhaft, dass durch „Pachtmodelle“ der Auskunftsanspruch der Gemeinde ins Leere geht. Zum einen ist es schwer vorstellbar, dass nicht bereits der Netzbetreiber über die in § 46a n.F. EnWG aufgeführten Daten verfügt. Für die Erlöse dieses Netzbetreibers ist die wirtschaftliche Situation des Netzes maßgeblich. Er unterliegt der Regulierung nach dem Energiewirtschaftsgesetz und ist zu entsprechenden Angaben gegenüber der Regulierungsbehörde verpflichtet. Zum anderen fußen Pachtmodelle zumeist auf konzerninternen Vereinbarungen. Vor dem Hintergrund ist zweifelhaft, ob ein Wegenutzungsberechtigter sich darauf berufen kann, bei einem verbundenen Unternehmen vorliegenden Daten nicht beschaffen zu können. Überdies kann sich ein Netzpächter bereits bei Abschluss des Pachtvertrages die Unterstützung des Netzeigentümers bei der Erfüllung gesetzlicher Auskunftspflichten schuldrechtlich zusichern lassen.

Zu Ziffer 9

Der Bundesrat fordert, dass die Gemeinde im Rahmen der Akteneinsicht des neuen § 47 Absatz 3 EnWG auch die Wahrung des Geheimwettbewerbs beachten muss. Die Bundesregierung wird diesen Vorschlag im weiteren Verfahren prüfen.

Sie gibt jedoch folgendes zu bedenken: Eine Rüge nach dem neuen § 47 Absatz 2 Satz 3 EnWG setzt voraus, dass

ein unterlegenes Unternehmen die Qualität der Bewerbungen miteinander vergleichen kann. Der Vorschlag des Bundesrates könnte ihm dies möglicherweise deutlich erschweren, wenn die wichtigsten Aussagen zur Erfüllung der von der Gemeinde aufgestellten Kriterien unter Verschluss bleiben müssten. Die Wahrung des Geheimwettbewerbs könnte es in strenger Lesart sogar gebieten, Name oder Anzahl der Mitbewerber geheim zu halten. Eine Akteneinsicht wäre dann wohl kaum noch durchführbar. Der Vorschlag könnte damit dem Ziel der Gesetzesnovelle, die Rechtssicherheit zu verbessern, zuwiderlaufen, da er von der Gemeinde eine aufwendige und risikobehaftete Prüfung der Erfordernisse des Geheimwettbewerbs verlangt.

Zu Ziffer 10

Der Bundesrat schlägt vor, zur Kenntlichmachung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen nicht nur in der Gesetzesbegründung, sondern bereits im Gesetzestext auf § 111 Absatz 3 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) Bezug zu nehmen. Die Bundesregierung wird prüfen, ob die vom Bundesrat geforderte Klarstellung in dem neuen § 47 Absatz 3 EnWG erforderlich ist.

Die Bundesregierung teilt die Auffassung des Bundesrates, dass es zur Entlastung der jeweiligen Gemeinde sachgerecht ist, eine Kenntlichmachung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen fordern zu können. Sie geht allerdings davon aus, dass der vorgelegte Gesetzentwurf dies bereits zulässt. Daher ist der vom Bundesrat vorgeschlagene Verweis auf § 111 Absatz 3 GWB bisher nur in der Gesetzesbegründung enthalten.

Zu Ziffer 11

Der Bundesrat schlägt vor, klarzustellen, dass eine Gemeinde im Rahmen des neuen Präklusionsregimes bis zum Ende des Verfahrens warten kann, bis sie Nichtabhilfe-Mitteilungen versendet. Die Bundesregierung teilt diese Auffassung nicht. Für die vorgeschlagene Klarstellung besteht kein Bedürfnis. Der Gesetzentwurf schränkt die Gemeinde in zeitlicher Hinsicht insoweit nicht ein. Sie kann daher alle Nichtabhilfe-Mitteilungen auch gebündelt am Ende des Verfahrens versenden, um „eingeschobene“ Gerichtsverfahren zu vermeiden. So kann sie die Verfahrenslage herbeiführen, die Ziffer 12 der Stellungnahme des Bundesrates als Regelfall vorschlägt.

Zu Ziffer 12

Der Bundesrat schlägt vor, dass sich der Eilrechtsschutz gegenüber den Gemeinden allein auf das Ende des Verfahrens konzentriert (Anpassung des neuen § 47 Absatz 5 Satz 1 EnWG). Die Bundesregierung lehnt diesen Vorschlag ab. Um eine effiziente Präklusionswirkung zu schaffen, sollten frühe Rechtsverstöße notfalls auch frühzeitig einer gerichtlichen Klärung (Eilrechtsschutz) zugeführt werden können.

Der Ansatz des Gesetzentwurfs ist im Interesse der Gemeinde flexibel: Will die Gemeinde mehrfache Gerichtsverfahren in einem Verfahren zur Vergabe von Wegenutzungsrechten vermeiden, kann sie einzelne Rügen sammeln und in einem gemeinsamen Schreiben zum Abschluss des Verfahrens abhandeln. Will sie frühzeitig endgültige Rechtssicherheit über einzelne Punkte erlangen, kann sie die Nichtabhilfe-Bescheide früher erlassen.

Nach dem Vorschlag des Bundesrates soll es ausreichen, lediglich eine Rüge zu erheben, um sich der Präklusionswirkung im laufenden Verfahren zu entziehen. Dies würde zwar ebenfalls zu einer erneuten Prüfung durch die Gemeinde und zu einer möglichen Behebung von Rechtsfehlern führen. Hilft die Gemeinde der Rüge jedoch nicht ab, wäre der gerügte Rechtsverstoß dann nicht endgültig „abgearbeitet“. Die Präklusion wird dagegen deutlich verschärft, wenn das beteiligte Unternehmen gegen einen Nichtabhilfe-Bescheid der Gemeinde sofort gerichtlich vorgehen muss. Geht das beteiligte Unternehmen nicht dagegen vor, ist der zuvor gerügte Rechtsfehler endgültig unbeachtlich und kann den erfolgreichen Abschluss des Verfahrens nicht mehr gefährden.

Es steht der Gemeinde nach dem Gesetzentwurf der Bundesregierung jedoch frei, die einzelnen Nichtabhilfemitteilungen tatsächlich erst zum Abschluss des Auswahlverfahrens zu versenden. Ohne die Mitteilung der Nichtabhilfe beginnt die Frist zur gerichtlichen Geltendmachung nicht zu laufen.

Zu Ziffer 13

Die Bundesregierung lehnt den Vorschlag des Bundesrates ab, für den einstweiligen Rechtsschutz im Ergebnis auch den Verwaltungsrechtsweg zu eröffnen, wenn Wegenutzungsverträge als öffentlich-rechtliche Verträge abgeschlossen werden. Der neue § 47 Absatz 5 Satz 2 EnWG enthält lediglich eine Klarstellung. § 102 EnWG weist

bürgerliche Streitigkeiten, die sich aus dem EnWG ergeben, ausschließlich den ordentlichen Gerichten zu. Dies gilt selbstverständlich auch für den einstweiligen Rechtsschutz. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (KZR 66/12) handelt die Gemeinde bei der Vergabe von Wegenutzungsverträgen nicht hoheitlich, sondern als marktbeherrschender Anbieter der Wegenutzungsrechte. Eine Differenzierung danach, ob dem Verfahren nach dem jeweiligen Landesstraßenrecht der Abschluss eines öffentlich-rechtlichen Vertrages nachgeht, erscheint nicht überzeugend und hätte in bundesrechtlich einheitlich geregelten Sachverhalten eine der Rechtssicherheit abträgliche Spaltung des Rechtsweges zur Folge.

Zu Ziffer 14

Der Bundesrat bittet um eine Präzisierung der Dauer einer Sperre für den Abschluss eines Vertrages nach einer Vergabe (geregelt in dem neuen § 47 Absatz 6 EnWG) für die Fälle, in denen ein gerichtliches Verfahren eingeleitet wurde. Die Bundesregierung sieht einen solchen Präzisionsbedarf nicht. Die Vermeidung eines Vertragsschlusses ist gerade das Ziel eines Antrages auf einstweiligen Rechtsschutz. Ergeht die beantragte einstweilige Verfügung, stellt die Verfügung selbst das Verbot des Vertragsschlusses dar. Ein über die derzeit genannten Fristen hinausgehendes gesetzliches Verbot eines Vertragsschlusses ist daneben nicht erforderlich.

Zu Ziffer 15

Auch im Rahmen des Präklusionsregimes schlägt der Bundesrat eine Regelung vor, die ein mögliches Auseinanderfallen des Wegenutzungsrechtes und des Eigentums an den Verteileranlagen erfasst. Die Bundesregierung lehnt die vorgeschlagene Klarstellung ab.

Die Regelungen zur Vergabe der Wegenutzungsrechte bestehen im Interesse der beteiligten Unternehmen an einem fairen Wettbewerb und im Interesse der Gemeinde an einer sachgerechten Unternehmensauswahl. Eine Rügeobliegenheit eines Dritten, der nicht selbst am Auswahlverfahren teilnimmt, ist nur schwerlich mit der Geltendmachung eigener subjektiver Rechte zu begründen.

Zu Ziffer 16

Der Bundesrat regt eine zusätzliche Klarstellung an, dass bei Fortsetzung des Vertragsverhältnisses zwischen Gemeinde und Wegenutzungsberechtigten keine Unterbrechung der Zahlung der Konzessionsabgabe erfolgt. Die Bundesregierung hält die Klarstellung in der geforderten Form allerdings für nicht erforderlich. Bei Fortsetzung des Vertragsverhältnisses kommt es zu keiner Übertragung der Netze. Entgegen der in der Begründung des Bundesrates geäußerten Befürchtung ist nach dem Wortlaut des neu zu fassenden § 48 Absatz 4 EnWG auch in diesem Falle der gesetzliche Anspruch der Kommunen auf Fortzahlung der Konzessionsabgabe nicht gefährdet. Wurde der neue Wegenutzungsvertrag abgeschlossen, richtet sich die Zahlung der Konzessionsabgabe selbstverständlich nach diesem.

Zu Ziffer 17

Der Bundesrat schlägt vor, die erstmalige Anwendbarkeit des neuen Präklusionsregimes durch eine Übergangsregelung zu bestimmen. Die Bundesregierung steht dem Vorschlag offen gegenüber. Sie wird diesen im weiteren Gesetzgebungsverfahren prüfen.



Satz: Satzweiss.com Print, Web, Software GmbH, Mainzer Straße 116, 66121 Saarbrücken, www.satzweiss.com
Druck: Printsystem GmbH, Schafwäsche 1-3, 71296 Heimsheim, www.printsystem.de
Vertrieb: Bundesanzeiger Verlag GmbH, Postfach 10 05 34, 50445 Köln, Telefon (02 21) 97 66 83 40, Fax (02 21) 97 66 83 44, www.betrifft-gesetze.de
ISSN 0722-8333